



Derecho Procesal II

Licenciatura en Derecho

Quinto Cuatrimestre

Enero – Abril

Marco Estratégico de Referencia

Antecedentes históricos

Nuestra Universidad tiene sus antecedentes de formación en el año de 1978 con el inicio de actividades de la normal de educadoras “Edgar Robledo Santiago”, que en su momento marcó un nuevo rumbo para la educación de Comitán y del estado de Chiapas. Nuestra escuela fue fundada por el Profesor Manuel Albores Salazar con la idea de traer educación a Comitán, ya que esto representaba una forma de apoyar a muchas familias de la región para que siguieran estudiando.

En el año 1984 inicia actividades el CBTiS Moctezuma Ilhuicamina, que fue el primer bachillerato tecnológico particular del estado de Chiapas, manteniendo con esto la visión en grande de traer educación a nuestro municipio, esta institución fue creada para que la gente que trabajaba por la mañana tuviera la opción de estudiar por las tardes.

La Maestra Martha Ruth Alcázar Mellanes es la madre de los tres integrantes de la familia Albores Alcázar que se fueron integrando poco a poco a la escuela formada por su padre, el Profesor Manuel Albores Salazar; Víctor Manuel Albores Alcázar en julio de 1996 como chofer de transporte escolar, Karla Fabiola Albores Alcázar se integró en la docencia en 1998, Martha Patricia Albores Alcázar en el departamento de cobranza en 1999.

En el año 2002, Víctor Manuel Albores Alcázar formó el Grupo Educativo Albores Alcázar S.C. para darle un nuevo rumbo y sentido empresarial al negocio familiar y en el año 2004 funda la Universidad Del Sureste.

La formación de nuestra Universidad se da principalmente porque en Comitán y en toda la región no existía una verdadera oferta educativa, por lo que se veía urgente la creación de una institución de educación superior, pero que estuviera a la altura de las exigencias de los

jóvenes que tenían intención de seguir estudiando o de los profesionistas para seguir preparándose a través de estudios de posgrado.

Nuestra universidad inició sus actividades el 19 de agosto del 2004 en las instalaciones de la 4ª avenida oriente sur no. 24, con la licenciatura en puericultura, contando con dos grupos de cuarenta alumnos cada uno. En el año 2005 nos trasladamos a las instalaciones de carretera Comitán – Tzimol km. 57 donde actualmente se encuentra el campus Comitán y el corporativo UDS, este último, es el encargado de estandarizar y controlar todos los procesos operativos y educativos de los diferentes campus, así como de crear los diferentes planes estratégicos de expansión de la marca.

Misión

Satisfacer la necesidad de educación que promueva el espíritu emprendedor, basados en Altos Estándares de calidad Académica, que propicie el desarrollo de estudiantes, profesores, colaboradores y la sociedad.

Visión

Ser la mejor Universidad en cada región de influencia, generando crecimiento sostenible y ofertas académicas innovadoras con pertinencia para la sociedad.

Valores

- Disciplina
- Honestidad
- Equidad
- Libertad

Escudo



El escudo del Grupo Educativo Albores Alcázar S.C. está constituido por tres líneas curvas que nacen de izquierda a derecha formando los escalones al éxito. En la parte superior está situado un cuadro motivo de la abstracción de la forma de un libro abierto.

Eslogan

“Pasión por Educar”

Balam



Es nuestra mascota, su nombre proviene de la lengua maya cuyo significado es jaguar. Su piel es negra y se distingue por ser líder, trabaja en equipo y obtiene lo que desea. El ímpetu, extremo valor y fortaleza son los rasgos que distinguen a los integrantes de la comunidad UDS.

Derecho Laboral

Objetivo de la materia:

Una correcta comunicación oral y escrita. Compromiso ético y deontología profesional. Fomentar un aprendizaje autónomo. Adquirir la capacidad de organizar y planificar la actividad profesional. Capacidad de aplicar los conocimientos a la práctica.

Unidad I

Recursos.

- 1.1. Los recursos.
- 1.2. El recurso de apelación.
- 1.3. Los recursos extraordinarios.
- 1.4. La rescisión de sentencias.

Unidad 2

Los Procesos Especiales.

- 2.1. Procesos relativos al estado civil de las personas.
- 2.2. Procesos para la división judicial de patrimonios.
- 2.3. Procesos monitorio y cambiario.
- 2.4. Otras especialidades procesales.

Unidad 3

Ejecución Forzosa.

- 3.1. Conceptos generales.
 - 3.2. La pretensión ejecutiva. El derecho fundamental a la ejecución.
-

- 3.3. Los títulos de ejecución.
- 3.4. Presupuestos de la obligación para abrir ejecución.
- 3.5. La ejecución impropia.
- 3.6. Ejecución de títulos extranjeros.
- 3.7. Ejecución provisional.

Unidad 4

Medidas Cautelares.

- 4.1. Las medidas cautelares
- 4.2. Las costas procesales
- 4.3. Las autoridades laborales.
- 4.4. Nociones de seguridad social.

UNIDAD I

Recursos

Los recursos

Establecidos por el Código Adjetivo vigente, antes que todo hay que precisar lo que se considera como recurso y después lo que es un medio de impugnación en materia de derecho procesal en general. El recurso es una especie dentro del género “medios de impugnación”.

Se entiende por recurso: “Una pretensión de reforma de una resolución judicial dentro del mismo proceso en que dicha resolución ha sido dictada.”

Ahora bien, se entiende que los medios de impugnación: “son los actos procesales de las partes dirigidos a obtener un nuevo examen, total o limitado a determinados extremos, y un nuevo proveimiento acerca de la resolución judicial que el impugnador no estima apegada a Derecho, en el fondo o en la forma, o que reputa errónea en cuanto a la fijación de los hechos”.

Los medios de impugnación y recursos son los siguientes:

- Recurso de revocación
- Recurso de Apelación
- Recurso de reposición
- Recurso de apelación extraordinaria
- Recurso de queja
- Incidente de nulidad.

Apelación

Este recurso es ordinario y vertical, en razón de que las partes solicitan a un tribunal de segunda instancia un nuevo examen sobre la resolución dictada por un juez de primera instancia, con el objeto de que aquél modifique, revoque o confirme.

La apelación es un instrumento normal de impugnación de sentencias definitivas; en virtud de ella, se inicia una segunda instancia.

La palabra apelar proviene del latín “appellare”, que significa pedir auxilio, de conformidad con esto, apelar vendría siendo la petición que se hace al juez de grado superior para que repare los defectos, vicios y errores de una resolución dictada por el inferior.

Algunos de los contenidos normativos más trascendentes de esta figura jurídica procesal son los siguientes: Los autos que no fueren apelables y los decretos pueden ser revocados por el juez que los dicta, o por el que lo substituya en el conocimiento del negocio, sea por la interposición del recurso de revocación o por la regularización del procedimiento que se decrete de oficio o a petición de parte, previa vista a la contraria por tres días, para subsanar toda omisión que exista en el procedimiento o para el solo efecto de apegarse al procedimiento.

En los juicios en que la sentencia definitiva sea apelable, la revocación es procedente únicamente contra determinaciones de trámite, en los términos del artículo 79, fracción I del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

En aquellos casos en que la sentencia no sea apelable, la revocación será procedente contra todo tipo de resoluciones con excepción de la definitiva.

En todo caso, debe interponerse por escrito dentro de los tres días siguientes a la notificación, pudiéndose resolver de plano por el juez, o dar vista a la contraria por un término igual y la resolución deberá pronunciarse dentro del tercer día.

Esta resolución no admite más recurso que el de responsabilidad. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior confirme, revoque o modifique la resolución del inferior, pueden apelar:

- El litigante si creyere haber recibido algún agravio
- Los terceros que hayan salido al juicio y
- Los demás interesados a quienes perjudique la resolución judicial.

No puede apelar el que obtuvo todo lo que pidió; pero el vencedor que no obtuvo la restitución de frutos, la indemnización de daños y perjuicios o el pago de costas, podrá apelar también. La apelación debe interponerse por escrito ante el juez que pronunció la resolución impugnada en la forma y términos que se señala en los artículos siguientes, salvo cuando se trate de apelaciones extraordinarias.

Los autos e interlocutorias serán apelables cuando lo fuere la sentencia definitiva, el litigante al interponer la apelación ante el juez, expresará los agravios que considere le cause la resolución recurrida. Las apelaciones que se interpongan contra auto o interlocutoria deberán hacerse valer en el término de seis días, y las que se interpongan contra sentencia definitiva dentro del plazo de nueve días, contados a partir del día siguiente a aquél en que surtan efectos las notificaciones de tales resoluciones.

Interpuesta una apelación, el Juez la admitirá sin substanciación alguna si fuere procedente, siempre que en el escrito se hayan hecho valer los agravios respectivos, expresando el juzgador en su auto si la admite en ambos efectos o en uno solo.

El juez en el mismo auto admisorio ordenará se forme el testimonio de apelación respectivo con todas las constancias que obren en el expediente que se tramita ante él, si se tratare de la primera apelación que se haga valer por las partes. Si se tratare de segunda o ulteriores apelaciones, solamente formará el testimonio de apelación con las constancias faltantes entre la última apelación admitida y las subsecuentes, hasta la apelación de que se trate.

De igual manera, al tener por interpuesto el recurso de apelación, dará vista con el mismo a la parte apelada, para que en el término de tres días conteste los agravios si se tratare de auto o sentencia interlocutoria, y de seis días si se tratare de sentencia definitiva. Transcurridos los plazos señalados, sin necesidad de rebeldía, y se hayan contestado o no los agravios, se remitirán los escritos originales del apelante y en su caso de la parte apelada y las demás constancias que se señalan anteriormente, o los autos originales al Superior.

El testimonio de apelación que se forme por el juez, se remitirá a la sala correspondiente dentro del término de cinco días, contados a partir de la fecha en que pre-cluyó el término

de la parte apelada para contestar los agravios, o en su caso del auto en que se tuvieron por contestados, indicando si se trata de primera, segunda o el número que corresponda en las apelaciones interpuestas.

La sala al recibir el testimonio, formará un solo tomo, en el que se vayan tramitando todos los recursos de apelación que se interpongan en el juicio de que se trate. La sala, al recibir las constancias que remita el inferior, revisará si la apelación fue interpuesta en tiempo y calificará, si se confirma o no el grado en que se admitió por el inferior.

De encontrarlo ajustado a derecho así lo hará saber y citará a las partes en el mismo auto para dictar sentencia, la que pronunciará y notificará dentro de los términos del artículo 704 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. El recurso de apelación procede en un solo efecto o en ambos efectos.

Tratándose de apelaciones contra cualquier clase de resoluciones, excepto la relativa a la sentencia definitiva, se tramitarán en un solo cuaderno "de constancias", en donde vayan agregándose los testimonios relativos, y al que se anexarán copias de todas las resoluciones a dichas apelaciones, inclusive la de la sentencia definitiva del juicio de que se trate.

En el caso de que se trate de sentencia definitiva, se dejará en el juzgado, para ejecutarla, copia certificada de ella y de las demás constancias que el juez estime necesarias, remitiéndose desde luego los autos originales al tribunal superior. La apelación admitida en ambos efectos suspende desde luego la ejecución de la sentencia, hasta que ésta cause ejecutoria. Cuando se interponga contra auto o interlocutoria que por su contenido impida la continuación del procedimiento y la apelación se admita en ambos efectos, se suspenderá la tramitación del juicio.

De no ser así, sólo se suspenderá en el punto que sea objeto del auto o la interlocutoria apelada y se continuará el procedimiento en todo lo demás. Se admitirán en un solo efecto las apelaciones en los casos en que no se halle prevenido que se admitan libremente, o en ambos efectos. De los autos y de las sentencias interlocutorias de los que se derive una

ejecución que pueda causar un daño irreparable o de difícil reparación y la apelación proceda en el efecto devolutivo, se admitirán en ambos efectos si el apelante lo solicita al interponer el recurso, y señala los motivos por los que considera el daño irreparable o de difícil reparación.

Con vista a lo pedido el juez deberá resolver y si la admite en ambos efectos señalar el monto de la garantía que exhibirá el apelante dentro del término de seis días para que surta efectos la suspensión. La garantía debe atender a la importancia del asunto y no podrá ser inferior al equivalente a sesenta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

Si no se exhibe la garantía en el plazo señalado, la apelación sólo se admitirá en efecto devolutiva. En caso de que el juez señale una garantía que se estime por el apelante excesiva, o que se niegue la admisión del recurso, en ambos efectos, se puede ocurrir en queja que se presentará ante el mismo juez dentro del término de tres días, acompañando a su recurso de queja el equivalente a sesenta días del salario indicado, con lo que suspenderá la ejecución.

De no exhibirse esta garantía, aunque la queja se deba admitir, no se suspenderá la ejecución. El juez en cualquier caso remitirá al Superior la queja planteada junto con su informe justificado para que se resuelva dentro de igual término.

Declarada fundada la queja que interponga el apelante, el Superior ordenará que la apelación se admita en ambos efectos y señalará la garantía que exhibirá el recurrente ante el inferior dentro del término de seis días. Si se declara infundada la queja se hará efectiva la garantía exhibida.

Las resoluciones dictadas en las quejas previstas en este artículo no admiten más recurso que el de responsabilidad. También la parte apelada podrá ocurrir en queja, sin necesidad de exhibir garantía alguna, cuando la apelación se admita en ambos efectos y considere insuficiente la fijada por el juez al apelante.

Las quejas que se interpongan, se deben remitir por el juez junto con su informe justificado al Superior en el término de tres días, y éste resolverá en el plazo máximo de cinco días. Si el

tribunal confirmarse la resolución apelada, condenará al recurrente al pago de dichas indemnizaciones, fijando el importe de los daños y perjuicios que se hayan causado, además de lo que importen las costas.

En el caso de que el apelante omitiera expresar agravios al interponer el recurso de apelación ante el juez, sin necesidad de acusar rebeldía, pre-cluirá su derecho, y quedará firme la resolución impugnada, sin que se requiera declaración judicial, salvo en lo relativo a la sentencia de primera instancia en que se requerirá decreto del juez.

Si no se presentara apelación en contra de la sentencia definitiva, se entenderán consentidas, las resoluciones y autos que hubieran sido apelados durante el procedimiento. En los escritos de expresión de agravios y contestación, tratándose de apelación de sentencia definitiva, las partes sólo podrán ofrecer pruebas, cuando hubieren ocurrido hechos supervenientes, especificando los puntos sobre los que deben versar las pruebas, que no serán extrañas ni a la cuestión debatida ni a los hechos sobrevenidos y el Superior será el que admita o deseche las pruebas ofrecidas.

Dentro del tercer día, el tribunal resolverá la admisión de las pruebas. Admitida la apelación en ambos efectos una vez contestados los agravios el juez remitirá los autos originales desde luego a la sala correspondiente del tribunal superior, dentro del tercer día citando a las partes para que comparezcan ante dicho tribunal. Cuando pida el apelante que se reciba el pleito a prueba, puede el apelado en la contestación de los agravios, oponerse a esa pretensión.

Apelación adhesiva

La parte que venció puede adherirse a la apelación interpuesta dentro de los tres días siguientes a la admisión del recurso, expresando los razonamientos tendientes a mejorar las consideraciones vertidas por el juez en la resolución de que se trata. Con dicho escrito se dará vista a la contraria para que en igual plazo manifieste lo que a su derecho corresponda. La adhesión al recurso sigue la suerte de éste.

Apelación extraordinaria

La apelación extraordinaria básicamente tiene los mismos efectos que la apelación ordinaria. Conceptualmente ambos tipos de apelación son semejantes, con la variante de que las hipótesis de procedencia de cada una se diferencian entre sí.

En este sentido será admisible la apelación, dentro de los tres meses que sigan al día de la notificación de la sentencia:

- A. Cuando se hubiere notificado el emplazamiento al reo, por edictos y el juicio se hubiere seguido en rebeldía.
- B. Cuando no estuvieren representados legítimamente el actor o el demandado o siendo incapaces, las diligencias se hubieren entendido con ellos.
- C. Cuando no hubiere sido emplazado el demandado conforme a la ley
- D. Cuando el juicio se hubiere seguido ante un juez incompetente, no siendo prorrogable la jurisdicción.

El Juez podrá desechar la apelación cuando resulte de autos que el recurso fue interpuesto fuera de tiempo y cuando el demandado haya contestado la demanda o se haya hecho expresamente sabedor del juicio.

En todos los demás casos, el juez se abstendrá de calificar el grado y remitirá inmediatamente, emplazando a los interesados, el principal al superior, quien oír a las partes con los mismos trámites del juicio ordinario, sirviendo de demanda la interposición del recurso, que debe llenar los requisitos del artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en vigor.

Declarada la nulidad, se volverán los autos al inferior para que reponga el procedimiento en su caso. La sentencia que se pronuncia resolviendo la apelación extraordinaria, no admite más recurso que el de responsabilidad. Cuando el padre que ejerza la patria potestad, el tutor o el menor en su caso ratifique lo actuado, se sobreseerá el recurso sin que pueda

oponerse la contraparte. El actor o el demandado capaces que estuvieron legítimamente representados en la demanda y contestación, y que dejaron de estarlo después, no podrán intentar esta apelación.

Revocación

Es un recurso ordinario y horizontal que tiene por objeto la modificación total o parcial de una resolución judicial por el mismo juzgador que la ha pronunciado.

Es un recurso, ya que es un medio de impugnación que se interpone dentro del curso del proceso. Es ordinario en cuanto que procede contra la generalidad de resoluciones judiciales y no sólo contra resoluciones judiciales determinadas o específicas.

Es horizontal, porque el mismo juez que dictó la resolución impugnada es quien debe resolver el recurso. En el recurso de revocación no existe la separación entre el juez “a quo” y el juzgador “ad quem”.

Los recursos horizontales son también llamados remedios procesales. Los autos que no fueren apelables y los decretos pueden ser revocados por el juez que los dicta, o por el que lo substituya en el conocimiento del negocio, sea por la interposición del recurso de revocación o por la regularización del procedimiento que se decrete de oficio o a petición de parte, previa vista a la contraria por tres días, para subsanar toda omisión que exista en el procedimiento o para el solo efecto de apegarse al procedimiento.

Las sentencias no pueden ser revocadas por el juez que las dicta. En los juicios en que la sentencia definitiva sea apelable, la revocación es procedente únicamente contra determinaciones de trámite, en los términos del artículo 79, fracción I del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en vigor.

En aquellos casos en que la sentencia no sea apelable, la revocación será procedente contra todo tipo de resoluciones con excepción de la definitiva. En todo caso, debe interponerse por escrito dentro de los tres días siguientes a la notificación, pudiéndose resolver de plano por el juez, o dar vista a la contraria por un término igual y la resolución deberá

pronunciarse dentro del tercer día. Esta resolución no admite más recurso que el de responsabilidad.

Reposición.

La reposición se distingue de la revocación. Los dos son recursos horizontales ordinarios de idéntico contenido y finalidad.

La diferencia estriba en que el recurso de revocación se interpone contra resoluciones judiciales dictadas en primera instancia y el recurso de reposición se formula contra resoluciones de segunda instancia.

En rigor la revocación y la reposición constituyen una sola especie de recurso. De los decretos y autos del tribunal superior, aun de aquéllos que dictados en primera instancia serían apelables, puede pedirse reposición que se substancia en la misma forma que la revocación.

Recursos extraordinarios

Queja y responsabilidad

El recurso de queja es un recurso especial –porque sólo puede ser utilizado para combatir resoluciones específicas-, vertical, en el que no participa la contraparte del quejoso, teniendo como finalidad el control, ya que su resolución sólo puede decidir sobre la subsistencia o insubsistencia del supuesto impugnado.

Tiene por objeto determinadas resoluciones denegatorias que la recurrente estima injustas
Va a proceder en contra resoluciones siguientes:

Contra el juez que se niega a admitir una demanda o desconoce de oficio la personalidad de un litigante antes del emplazamiento;

- Respecto a las interlocutorias dictadas para la ejecución de sentencias
- Contra la denegación de apelación;

En los demás casos fijados por la ley. Se da el recurso de queja en contra de los ejecutores y secretarios por ante el juez.

Contra los primeros sólo por exceso o defecto de las ejecuciones y por las decisiones en los incidentes de ejecución. Contra los segundos, por omisiones y negligencias en el desempeño de sus funciones.

El recurso de queja contra resoluciones del juez se interpondrá ante éste, dentro de los tres días siguientes al acto reclamado, expresando los motivos de inconformidad. Dentro del tercer día en que se tenga por interpuesto el recurso, el juez de los autos remitirá al Superior informe con justificación, y acompañará, en su caso, las constancias procesales respectivas. El Superior, dentro del tercer día, decidirá lo que corresponda.

La falta de remisión del recurso de queja e informe con justificación dentro del término de tres días por parte del juez al Superior dará lugar a la imposición de una corrección disciplinaria por parte del Superior, de oficio o a petición del quejoso.

Si la queja no está apoyada por hecho cierto o no estuviere fundada en derecho o hubiere recurso ordinario en contra de la resolución reclamada, será desechada por el tribunal, imponiendo condena en costas contra el recurrente.

El recurso de queja contra los jueces sólo procede en las causas apelables a no ser que se intente para calificar el grado en la denegación de apelación. En cuanto al recurso de responsabilidad se puede comentar lo siguiente:

La responsabilidad civil en que puedan incurrir jueces y magistrados cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusables, solamente podrá exigirse a instancia de la parte perjudicada o de sus causahabientes en juicio ordinario y ante el inmediato superior del que hubiere incurrido en ella.

No podrá promoverse demanda de responsabilidad civil sino hasta que queda determinado por sentencia o auto firme el pleito o causa en que se suponga causado el agravio Cuando la

demanda se dirija contra un juez de paz, cualquiera que sea su cuantía, conocerá de ella el juez de primera instancia a que aquél corresponda.

Contra la sentencia que éste pronuncie procederá la apelación en ambos efectos para ante el tribunal superior si el juicio por su cuantía fuere apelable. Las salas del Tribunal Superior conocerán, en única instancia, de las demandas de responsabilidad civil presentadas contra los jueces de lo Civil, de lo Familiar, del Arrendamiento Inmobiliario y de lo Concursal. Contra las sentencias que aquéllas dicten no se dará recurso alguno. El Tribunal Pleno conocerá de dichas demandas en primera y única instancia cuando se entablen contra los magistrados. La demanda de responsabilidad debe entablarse dentro del año siguiente al día en que se hubiere dictado la sentencia o auto firme que puso término al pleito.

Transcurrido este plazo, quedará prescrita la acción. Toda demanda de responsabilidad civil deberá acompañarse con certificación o testimonio que contenga:

- La sentencia, auto o resolución en que se suponga causado el agravio;
- Las actuaciones que en concepto de la parte conduzcan a demostrar la infracción de ley o del trámite o solemnidad mandados observar por la misma, bajo pena de nulidad y que a su tiempo se entablaron los recursos o reclamaciones procedentes;
- La sentencia o auto firme haya puesto término al pleito o causa.

La sentencia que absuelva de la demanda de responsabilidad civil condenará en costas al demandante y las impondrá a los demandados cuando en todo o en parte se acceda a la demanda. En ningún caso la sentencia pronunciada en el juicio de responsabilidad civil alterará la sentencia firme que haya recaído en el pleito en que se hubiere ocasionado el agravio.

La rescisión de sentencias

En sentido estricto, es decir, aquellos por los que quien es parte en el proceso pretende un nuevo examen de las cuestiones fácticas o jurídicas resueltas en una resolución no firme que le resulta perjudicial, regulación de los medios de impugnación tendentes a la rescisión de

sentencias firmes, medios que la Ley procura en aquellos casos excepcionales en los que la seguridad jurídica que la cosa juzgada representa debe ceder ante las exigencias de justicia que la concreta situación requiere.

La primera de dichas situaciones es la que afecta a quien habiendo permanecido involuntariamente en situación procesal de rebeldía, bien a causa de una fuerza mayor que le impidiera comparecer en el proceso, bien por no haber tenido conocimiento de la demanda contra él presentada y del pleito que contra él se seguía, se encontrara con una sentencia firme sin haber tenido nunca la oportunidad de ser oído y de ejercitar su derecho de defensa: el remedio que se ofrece es el de la rescisión para la concesión de audiencia.

La segunda es la que se produce cuando la aparición de nuevas y singulares circunstancias, previstas en la Ley como causas de revisión, permiten suponer con fundamento que la sentencia que ya alcanzó firmeza podría ser injusta o errónea: el remedio es aquí el juicio de revisión.

La rescisión en rebeldía

Régimen legal de la rebeldía ofrece una regulación unitaria y sistematizada de la rebeldía, de sus consecuencias y de los instrumentos de defensa del declarado rebelde.

a) En primer lugar establece los presupuestos para la declaración de rebeldía, sus efectos y los medios ordinarios de actuación y de defensa del declarado rebelde en el propio proceso; seguidamente otorga un medio de impugnación para la rescisión de sentencias firmes en favor de aquellos demandados que, por haber permanecido involuntaria y constantemente en rebeldía, no hubieren podido utilizar aquellos medios ordinarios actuando en el proceso en que dicha sentencia se dictó y finalmente regula un procedimiento consistente en la concesión de audiencia a los demandados que hubieren obtenido la rescisión de la sentencia firme, para permitirles la posibilidad de actuar y defenderse frente a la demanda contra ellos formulada.

b) Notificación de la sentencia al condenado en rebeldía y posibilidades de actuación del mismo, la rebeldía consiste en la inactividad procesal del demandado, desde el momento en que así se declara judicialmente, por no haber comparecido desde un principio en el proceso al que haya sido debidamente convocado.

Esta situación puede obedecer a una determinada actitud del demandado que, enterado de la demanda y de la existencia del procedimiento, decide voluntariamente no comparecer en él por así convenir a la defensa de sus intereses, o a causas independientes de su voluntad que pueden tener su origen en el desconocimiento de la existencia del proceso o en la imposibilidad de actuación en él.

Para la declaración de rebeldía es indiferente que la incomparecencia sea voluntaria o involuntaria; basta el dato objetivo del emplazamiento y de la incomparecencia en el plazo o en el día señalado para que así se acuerde.

Como el proceso civil no precisa de la necesaria presencia del demandado a quien se haya ofrecido la posibilidad de comparecer en él, la declaración de rebeldía no impide su continuación. El proceso sigue su curso normal, hasta que se dicte la sentencia que le ponga fin.

Esta resolución debe notificarse al demandado rebelde, personalmente si ello fuera posible, o mediante edictos si se hallara en paradero desconocido y a partir de este momento las posibilidades de actuación del condenado en rebeldía son las siguientes:

- 1) El demandado rebelde a quien se haya notificado personalmente la sentencia dictada en primera instancia o en apelación, puede utilizar los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación, cuando procedan, si los interpone dentro del plazo legal.

Por tal razón, al poder utilizar lo que constituyen medios ordinarios de defensa, dicha notificación personal excluye la posibilidad de instar la rescisión de la sentencia firme, pues si ésta llega a alcanzar firmeza será, precisamente, porque aquél no la recurrió.

- 2) La notificación por edictos permite al demandado rebelde utilizar esos mismos recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación, computándose el plazo para su interposición desde el día siguiente al de la publicación del edicto de notificación de la sentencia en el correspondiente periódico oficial.

Si el rebelde, dándose por notificado, utiliza dichos recursos, no podrá tampoco acudir luego a la rescisión de la sentencia para obtener la concesión de nueva audiencia, pues ya ha tenido ocasión de actuar en el proceso pendiente y de instar en él, mediante tales recursos, lo conducente a su defensa.

- 3) El demandado rebelde que comparece en el proceso después de pronunciada en su contra la sentencia o resolución que le haya puesto fin, pero antes de que la misma haya alcanzado firmeza, no dispone de otro medio ordinario de defensa que el de utilizar los recursos previstos en la Ley.

- 4) En aquellos otros casos en los que el demandado ha permanecido involuntaria y constantemente en situación procesal de rebeldía, y se encuentra con una sentencia firme dictada en su contra, sin haber tenido nunca la oportunidad de ser oído en el proceso ni la de recurrir dicha resolución, el ordenamiento jurídico le confiere un medio de impugnación para lograr la rescisión de la sentencia firme y permitirle la posibilidad de realizar todos los actos procesales que convengan a su defensa, desde la contestación a la demanda.

1.4.2 El procedimiento para la concesión de audiencia al condenado en rebeldía

Concepto y naturaleza

El procedimiento para la concesión de audiencia se desarrolla en dos fases: una primera, en la que se resuelve sobre la procedencia de la rescisión de la sentencia y, si se rescinde, una segunda de sustanciación de la audiencia, consistente en la reapertura del anterior proceso para permitir al rebelde involuntario la posibilidad de actuar y defenderse en él frente a la demanda contra el mismo formulada.

Con mejor criterio, se refiere a la “rescisión de sentencia firme” y a la “acción de rescisión”, poniendo, así, de relieve que este instrumento jurídico no puede ser concebido como un propio recurso, sino como un medio para obtener la rescisión de una sentencia firme que supone el ejercicio de una acción impugnatoria autónoma, lo cual le aproxima al juicio de revisión. Conviene precisar, sin embargo, que si bien la acción de rescisión constituye una pretensión propia y distinta de la ejercitada en el proceso en que se dictó la sentencia firme, a lo que verdaderamente se aspira con su ejercicio es a la reapertura de ese mismo proceso para que el demandado pueda formalizar la oposición y practicar los actos que por su involuntaria ausencia no pudo realizar en él.

De ahí que se le atribuya una naturaleza compleja que la propia: la primera fase constituye un medio para rescindir la sentencia firme, mientras que la segunda tiende a lograr la efectividad del principio de contradicción.

Requisitos para su procedencia

Corrección del emplazamiento: La rescisión de la sentencia y la concesión de la nueva audiencia al demandado condenado en rebeldía, ha de partir de la consideración de que el emplazamiento o la citación del mismo, en el proceso en que fue declarado rebelde, se hayan realizado correctamente, con observancia de los requisitos y garantías establecidos en la Ley.

Si la citación o el emplazamiento no se hubieren realizado, o lo hubieren sido con inobservancia de los requisitos legales que su práctica exige, de modo que aquella posibilidad de comparecer y ser oído no hubiera existido en la realidad, lo procedente será acudir al incidente excepcional de nulidad de actuaciones.

Rebeldía ininterrumpida: Sólo pueden pretender la rescisión de la sentencia y la concesión de la audiencia los demandados que hayan permanecido constante mente en rebeldía.

Ello exige que el rebelde no se haya personado en el proceso en curso, ni haya interpuesto contra la sentencia los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación que contra la misma procedan, pues en tales casos, esas posibilidades de actuación

en él, aprovechando las oportunidades propias del momento en que la tramitación se halle, constituyen el medio ordinario para la salvaguarda de la contradicción y la defensa que excluye la posibilidad de acudir al remedio extraordinario de la rescisión.

Origen involuntario de la rebeldía: Es requisito inexcusable para la procedencia de la rescisión y la concesión de la nueva audiencia que la situación de rebeldía no se haya producido de modo voluntario, sino por causas independientes de la voluntad del demandado, que la ley concreta en los casos siguientes:

1º) Fuerza mayor ininterrumpida que haya impedido al rebelde comparecer en todo momento, aunque haya tenido conocimiento del pleito por haber sido citado o emplazado en forma.

2º) Desconocimiento de la demanda y del pleito por no haber llegado a poder del demandado rebelde la cédula de citación o emplazamiento por causa que no le sea imputable.

3º) Desconocimiento de la demanda y del pleito por el demandado rebelde citado o emplazado por edictos a causa de haber estado ausente del lugar en que se haya seguido el proceso y de cualquier otro lugar de una entidad federativa, en cuyos periódicos Oficiales se hubiesen publicado aquéllos.

4) Plazo para el ejercicio de la acción de rescisión: Además de los requisitos relativos a la permanente situación de rebeldía y al carácter involuntario de la misma, el ejercicio de la acción de rescisión está sometido a unos plazos de caducidad cuya diversa duración se fija en atención a la forma en que se haya notificado al rebelde la sentencia firme que puso fin al proceso, y que son:

a) De veinte días, a partir de la notificación de la sentencia firme, si dicha notificación se hubiere practicado personalmente al demandado.

b) De cuatro meses a partir de la publicación del edicto de notificación de la sentencia firme si ésta no se notificó personalmente.

c) En cualquiera de ambos casos, dichos plazos podrán prolongarse, si subsistiera la fuerza mayor que hubiere impedido al demandado rebelde comparecer en el proceso. Pero en ningún caso cabrá ejercitar la acción una vez transcurrido el plazo máximo de dieciséis meses desde la notificación de la sentencia.

5) Sentencia con efectos de cosa juzgada material: La sentencia respecto de la que se pretenda la rescisión debe tratarse, obviamente, de una sentencia firme y, además, con efectos de cosa juzgada material, de ahí que no quepa utilizar este medio de impugnación contra las sentencias firmes dictadas en los procesos sumarios, pues tras la sustanciación de los mismos existe la posibilidad de promover un juicio plenario posterior sobre el mismo objeto, en el que el rebelde podrá realizar las alegaciones y proponer los medios de prueba que convengan a su defensa.

Primera fase: procedimiento para la rescisión de la sentencia

A) Presupuestos procesales y procedimiento

Competencia: La competencia objetiva para conocer de este medio de impugnación se atribuye al mismo órgano jurisdiccional que hubiere dictado la sentencia respecto de la que se pide la rescisión, es decir, al órgano de primera instancia, si quedó firme la sentencia dictada por éste (por no recurrirse o por haber sido confirmada), al de apelación (si se revocó por el mismo la sentencia de instancia y la sustituyó por otra que devino firme), o, en su caso, al de casación.

Legitimación: La legitimación activa corresponde al demandado que hubiere permanecido constantemente en situación de rebeldía en el anterior proceso. La pasiva, a todos los que hubieren sido parte en el pleito seguido en rebeldía del demandado, frente a quienes se deberá dirigir la demanda en que se formule la pretensión de rescisión.

Procedimiento: El procedimiento será el correspondiente al juicio ordinario, y se promoverá mediante demanda que deberá cumplir los requisitos generales exigidos. La interposición de la demanda no dará lugar a que en el proceso de rescisión se ordene la suspensión de la

ejecución de la sentencia firme. Ello no obstante, en el proceso de ejecución de dicha sentencia, el ejecutado que acredite haber promovido el procedimiento para su rescisión, podrá solicitar del juzgado que conozca de aquél, que se suspendan las actuaciones de ejecución de la sentencia, lo que se acordará si las circunstancias del caso lo aconsejaren, previa la exigencia y constitución de caución por el valor de lo litigado y de los daños y perjuicios que pudieren irrogarse por la inejecución.

Contenido y efectos de la sentencia

a) Contenido: Según se haya acreditado o no por el actor (demandado en rebeldía en el anterior proceso) la realidad de los hechos integrantes del supuesto por él invocado como fundamento de su pretensión, la sentencia que se dicte proferirá uno de estos dos pronunciamientos:

- 1) Si estima la pretensión, declarará la rescisión de la sentencia firme dictada en rebeldía, así como haber lugar a la nueva audiencia solicitada por el que fue declarado rebelde, sin hacer imposición de costas, salvo que el tribunal apreciare temeridad en alguno de los litigantes.
- 2) Si desestima la pretensión, declarará no haber lugar a la rescisión de la sentencia firme dictada en rebeldía ni a conceder nueva audiencia al declarado rebelde, en cuyo caso se impondrán a éste las costas causadas.

Segunda fase: Procedimiento para la efectividad de la audiencia La sustanciación de la audiencia consiste en la reapertura del anterior proceso para permitir al rebelde involuntario la posibilidad de actuar y defenderse en él frente a la demanda contra el mismo formulada, con lo que se logra la efectividad de la contradicción y se posibilita el pronunciamiento de una nueva sentencia sobre el objeto del pleito que sustituya el de la sentencia firme impugnada y rescindida.

La competencia para la sustanciación del procedimiento en que tiene lugar la audiencia se atribuye al mismo órgano de primera instancia que conoció del anterior proceso en rebeldía.

Reapertura del proceso La reapertura del proceso para la efectividad de la audiencia se produce tan pronto como el órgano competente tenga constancia de haber sido rescindida la anterior sentencia firme. A tal fin, el juzgado o tribunal que hubiere conocido del proceso de rescisión ordenará expedir la correspondiente certificación de la sentencia estimatoria para su unión y constancia en el proceso anterior que deba ser reabierto.

Una vez recibida o unida la certificación, el órgano competente procederá a la reapertura del procedimiento para la efectividad de la audiencia, en cuya sustanciación cabe distinguir una primera fase de alegaciones, en la que se establecen los términos de la contradicción, y una segunda de continuación por los trámites del declarativo que corresponda.

B) Sustanciación de la audiencia

a) Fase de alegaciones: La fase de alegaciones comienza con la entrega de los autos al demandado a quien se concedió la audiencia, por plazo de diez días, para que pueda exponer y pedir lo que a su derecho convenga, lo que deberá hacer en la forma prevenida para la contestación a la demanda. Dicha contestación se acomodará en su contenido y en su forma a lo establecido para el juicio ordinario, aunque luego deba proseguir el proceso, por razón de su objeto o en consideración a su cuantía, por los trámites del juicio verbal.

El demandado podrá alegar todo lo que sea propio de la contestación a la demanda, y podrá formular reconvencción, que se ajustará a las exigencias de forma y contenido. Del escrito de contestación y documentos que se aportaren se deberá dar traslado a las demás partes que comparecieron en el anterior proceso, y en adelante se seguirán los trámites del juicio declarativo que corresponda.

b) Tramitación posterior: En esta segunda fase o de continuación del juicio, el rebelde podrá proponer toda la prueba que le convenga, procediéndose a la práctica de la que se admitiere conforme a las reglas propias del proceso de que se trate. La cuestión que se suscita como problemática en esta fase no es la de la prueba que proponga el rebelde, sino la de si las

demás partes comparecidas en el proceso seguido en rebeldía deben reproducir en el proceso reabierto la prueba que ya se practicó a su instancia en el anterior.

No contiene ninguna previsión acerca de la eficacia que puedan desplegar en el proceso los actos procesales válidamente realizados en el anterior juicio, pero si estos actos se realizaron en su momento con observancia de las normas por los que se rigen, no existe razón para entender que deban quedar sin efecto como consecuencia de la rescisión de la sentencia, de modo que los actos de alegación y de prueba realizados por las partes comparecidas en el anterior proceso deberán conservar su valor y no precisarán ser reproducidos en la fase de audiencia. Sin perjuicio de ello, el demandante podrá proponer nuevos medios de prueba en el proceso reabierto para contradecir las alegaciones efectuadas por el demandado en su escrito de contestación.

Sentencia La sentencia que se dicte deberá resolver de nuevo la cuestión o cuestiones objeto del proceso, tomando en consideración las alegaciones efectuadas y las pruebas practicadas en él, tanto las del procedimiento reabierto para la nueva audiencia, como las del inicialmente seguido en rebeldía, y contra ella podrán interponerse los recursos previstos en la Ley. Pero si el demandado a quien se concedió la audiencia no hubiere formulado alegaciones en el trámite al efecto conferido, se entenderá que renuncia a ser oído y la sentencia que se dicte deberá pronunciarse en los mismos términos que la anterior rescindida, sin que contra ella quepa recurso alguno.

UNIDAD 2

Los procesos especiales.

Son aquellos procesos judiciales contenciosos que se hallan sometidos a trámites específicos, distintos del proceso ordinario.

Ese tipo de procesos puede clasificarse en plenarios rápidos o abreviados y sumarios.

Son excluidos los llamados procesos sumario y sumarísimo, cuya “especialidad” no ha impedido que los reglamente bajo el rubro genérico de los “procesos de conocimiento”, los distintos procesos que dicho ordenamiento, relativo a los “procesos especiales”, son de dos clases: sumario propiamente dicho y plenario rápido. Revisten el carácter de proceso de conocimiento, y en su mayoría se sustancian conforme al procedimiento de los denominados juicios sumario y sumarísimo.

Son sumarios propiamente dichos, los procesos de interdictos, posesorios y de desalojo. Les corresponde tal designación porque, el conocimiento judicial no reviste, en este tipo de procesos, carácter pleno o total, sino fragmentario.

Dentro de los que el nuevo código llama “procesos especiales” son plenarios rápidos o abreviados los de celebración de incapacidad e inhabilitación, alimentos y litisexpensas, rendición de cuentas, deslinde y división de cosas comunes.

Resulta apropiado asignarles tal denominación porque esos procesos, de la misma manera que el ordinario y que la mayoría de los llamados sumario y sumarísimo, son idóneos a los fines de la discusión y resoluciones exhaustivas del conflicto que los motiva, y conducen, por ello, a la emisión de un pronunciamiento con eficacia de cosa juzgada en sentido material.

Además las controversias sobre el estado civil de las personas y del derecho familiar, se tramitarán de acuerdo con las reglas que se señalan en este Libro, y en lo no previsto, con las del Libro Segundo de este Ordenamiento.

Las controversias de derecho familiar se consideran de orden público por constituir la base de la integración de la sociedad, estando facultado el juzgador para actuar de oficio, especialmente tratándose de niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad, en materia de alimentos, guarda y custodia, patria potestad y de las cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas cautelares tendientes a preservar la familia y a proteger a sus miembros. El juzgador deberá implementar las medidas de protección conducentes, a fin de garantizar el pleno goce, respeto, protección y promoción de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes.

Tratándose de asuntos de reconocimiento de paternidad, el juzgador no requerirá nombrar a un tutor a favor del menor, excepto cuando quien lo promueva en su nombre tenga un interés opuesto al del menor. El juez dictará las medidas tendientes a garantizar de manera provisional y definitiva el derecho de niñas, niños y adolescentes y de los padres a gozar de la convivencia familiar, velando en todo momento por el interés superior de aquéllos.

Procesos relativos al estado civil de las personas

El ámbito de la regulación comprende los procesos siguientes:

1. Los que versan sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad.
2. Los de filiación, paternidad y maternidad.
3. Los de nulidad de matrimonio, separación y divorcio y los relativos a las medidas adoptadas en ellos.
4. Los que versan sobre guarda y custodia de hijos menores o reclamaciones de alimentos en nombre de los hijos menores.
5. Los de reconocimiento y eficacia civil de resoluciones eclesiásticas en materia matrimonial.
6. Los que versen sobre las medidas relativas a la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional.
7. Los de oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores.
8. Los que versan sobre la necesidad de asentamiento en la adopción.

Los que versan sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad.

Concepto de tutela.

Tutelar es cuidar y proteger. Al tutor le corresponde proteger los intereses del pupilo, tanto personales como patrimoniales. Así las cosas, se puede afirmar que la función del tutor es la de proteger a la persona del incapaz, procurando su bienestar y administrar su patrimonio, siempre para beneficio del pupilo.

La tutela es supletoria de la patria potestad, a través de la que se provee la representación, la protección, la asistencia de aquellos que no lo pueden hacer por sí mismos a los incapaces, para intervenir y representarlos en su actividad jurídica.

En el caso de los menores de edad, la institución de la tutela es una figura subsidiaria de la patria potestad, ya que sólo se nombra tutor para un menor por un juez de lo civil o de lo familiar, cuando aquel no tiene ascendientes, o que teniéndolos, éstos no pueden cumplir con el ejercicio de la patria potestad.

Objeto de la tutela

La guarda de la persona y bienes de aquellos que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y/ o legal para gobernar- se por sí mismos.

La representación interina del incapaz en los casos que señale la ley.

El cuidado preferente de los incapacitados.

La guarda y educación de los menores de conformidad a las modalidades que estipulen las resoluciones que dicte la autoridad competente, de conformidad a la ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal.

Partes en el ejercicio de la tutela

En el ejercicio de la tutela encontramos a aquellos que se encuentran sujetos a ella, y a aquellos que la ejercen.

Quedan sujetos a la tutela:

- a) Los menores de edad.
- b) Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea física, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismas o por algún medio que lo supla.

Ejercen la tutela:

Las personas físicas pueden ejercer el cargo de tutores o curadores respecto de tres personas incapaces.

Las personas morales, sin fines de lucro, cuyo objeto es la protección y atención de las personas con discapacidad, podrán ejercer la tutela de personas mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea física, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas, no puedan gobernarse por sí mismas.

Cuando se trate de tutela testamentaria o dativa, la persona moral deberá presentar informe anual pormenorizado a los ascendientes o descendientes del pupilo o al juez de lo familiar, respectivamente.

Características de la tutela.

- 1) La tutela es un cargo de interés público, del que nadie puede eximirse sino por causa legítima.
- 2) El que se niegue, sin causa legal, a desempeñar el cargo de tutor, será responsable por los daños y perjuicios que de su negativa resulten para el incapacitado.
- 3) La tutela se ejerce por el tutor con intervención del curador, del juez de lo familiar, del consejo local de tutelas y del Ministerio Público.

- 4) La tutela se ejerce por un solo tutor, excepto cuando por las condiciones específicas del incapaz convenga nombrar un tutor para la persona del pupilo y otro para la administración de los bienes.
- 5) Las personas físicas pueden ejercer el cargo de tutores o curadores respecto de tres personas incapaces. Si los últimos fueran hermanos, coherederos o legatarios y más de tres, se les podrá nombrar un solo tutor y un solo curador.
- 6) Las personas morales podrán ejercer la tutela de personas mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea física, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas, no puedan gobernarse por sí mismas.

Cuando se trate de tutela testamentaria o dativa, la persona moral deberá presentar informe anual pormenorizado a los ascendientes o descendientes del pupilo o al juez de lo familiar, respectivamente.

Cuando fallezca la persona que ejerce la patria potestad sobre un incapaz, al que deba asignarse tutor, el albacea o en caso de intestado, los parientes y las personas con los que haya vivido tienen obligación de avisar al juez de lo familiar dentro del término de ocho días siguientes al fallecimiento, para que se le nombre tutor.

Los jueces del registro civil, las autoridades administrativas y las judiciales tienen obligación de avisar al juez de lo familiar, los casos en que se debe nombrar tutor, cuando por sus funciones conozcan de ello.

Los tutores y curadores no pueden ser removidos de su cargo sin antes ser oídos y vencidos en juicio.

Impedimentos para ejercer el cargo de tutor

- a) Los cargos de tutor y curador no se pueden ejercer por una misma persona simultáneamente.
- b) Tampoco por personas que tengan parentesco entre sí, en cualquier grado de la línea recta o hasta el cuarto grado de la colateral.
- c) No pueden ser nombrados tutores o curadores:
 - 1. Las personas que se desempeñen en los juzgados de lo familiar.
 - 2. Las que integren los consejos locales de tutelas.
 - 3. Las personas que tengan parentesco de consanguinidad con las personas que laboran o integran los juzgados de lo familiar o los consejos locales de tutelas, respectivamente, en cualquier grado de la línea recta o hasta el cuarto grado de la colateral.

Formas de tutela

La tutela puede ser:

- Testamentaria.
- Legítima.
- Dativa.

Testamentaria

Es la que se determina por testamento y procede, exclusivamente, en los siguientes casos:

- a) Cuando sólo uno de los progenitores continúa vivo y previendo su muerte designa tutor para aquellos sobre los que ejerce la patria potestad, menores de edad, incluyendo el hijo póstumo. Este nombramiento excluye del ejercicio de la patria potestad a los que corresponda con arreglo a la ley.

- b) Cuando los ascendientes excluidos se encontrarán incapacitados o ausentes, la tutela terminará cuando cese el impedimento o se presenten los ascendientes, salvo que el testador haya establecido expresamente que la tutela continúe a pesar de ello.
- c) Cuando el testador deje bienes, ya sea por legado o por herencia, a un incapaz que no se encuentre bajo su patria potestad ni la de otro.
- d) El ascendiente que ejerce la tutela sobre un hijo incapaz mayor de edad sujeto a interdicción, por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea física, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas, y que no puede gobernarse por sí mismo, podrá nombrar tutor cuando sea el único sobreviviente de los progenitores o es el único que ejerce legítimamente la tutela.
- e) El ascendiente que ejerza la patria potestad o la tutela de una persona incapaz mayor de edad que se encuentra afectado por una enfermedad crónica o incurable, o que por razones médicas se presume que su muerte está cercana o es cierta, podrá, sin perder sus derechos, nombrar tutor y curador para su pupilo, prevaleciendo este nombramiento a cualquier otro hecho anteriormente o por testamentos anteriores.

En este caso, el tutor y el curador entrarán en funciones en los siguientes supuestos:

- 1) La muerte del ascendiente.
- 2) La discapacidad mental del ascendiente.
- 3) El debilitamiento físico. En este caso se requerirá del consentimiento del ascendiente.
- 4) Cuando el testador es padre adoptivo, puede nombrar tutor a su hijo adoptivo.

Existen reglas aplicables a este caso concreto, las cuales consisten en que:

Deben observarse todas las reglas, limitaciones y condiciones establecidas por el testador para la administración de la tutela que no sean contrarias a la ley. La excepción a esta regla es cuando el tutor y el curador expongan ante el juez que las consideran dañosas, caso en el cual éste deberá resolver si proceden, si las dispensa o si las modifica.

En caso de que por alguna razón faltara el tutor testamentario, el juez de lo familiar nombrará un tutor interino.

Legítima

La tutela legítima es aquella que a falta de nombramiento testamentario es designada por la autoridad judicial y que recae sobre miembros de la familia o de aquellos que no lo son, pero son designados por ley.

La tutela legítima se divide en:

- 1) La de los hijos menores de edad.
- 2) La de los hijos mayores de edad incapacitados.
- 3) La de los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona o depositados en establecimientos de asistencia.

La de los hijos menores de edad procede cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario, o cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.

La tutela legítima será ejercida únicamente por los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas y a los demás parientes colaterales, dentro del cuarto grado, inclusive, cuando no haya hermanos.

Tutela dativa

Es aquella que surge a falta de tutela testamentaria y de tutela legítima, y la que corresponde a los menores emancipados para casos judiciales.

Esta clase de tutela procede:

- a) Cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima.

- b) Cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejercer su cargo, y no hay ningún pariente; es decir, hermanos o colaterales hasta el cuarto grado.
- c) La tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado siempre será dativa.
- d) En el caso de que el menor contara o adquiriera bienes, se nombrará tutor dativo.

El tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido dieciséis años. El juez confirmará la designación si no tiene justa causa para reprobirla.

Si no se aprueba el nombramiento hecho por el menor o si éste no ha cumplido dieciséis años aún, el nombramiento de tutor lo hará el juez de entre las personas que figuren en la lista formada cada año por el consejo local de tutelas, oyendo al Ministerio Público.

También tiene lugar la tutela dativa para los asuntos judiciales del menor de edad emancipado y para los menores de edad que no están sujetos a patria potestad ni a tutela testamentaria o legítima, cuando carecen de bienes, teniendo en este caso por objeto que el menor reciba educación y la asistencia que requiera. El tutor será nombrado a petición del consejo local de tutelas, del Ministerio Público, del mismo menor, y aun de oficio por el juez.

Funciones del tutor

- 1) La guarda y custodia del menor o incapaz, así como su protección, educación, asistencia, alimentación y rehabilitación, en la medida de sus posibilidades.
- 2) La administración de los bienes del menor o incapaz. Deberá hacer un inventario preciso y circunstanciado de todos aquellos bienes que formen el patrimonio del pupilo, el término para hacerlo no podrá exceder de seis meses.
- 3) La representación en juicio o fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos y del testamento.

La inhabilitación y separación del cargo de tutor

No pueden ser tutores:

- 1) Los menores de edad.
- 2) Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela.
- 3) Los que hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal respecto de la persona del pupilo o de la administración de los bienes de éste.
- 4) Los que por sentencia pierden la posibilidad de ejercer el cargo o la inhabilitación para obtenerlo.
- 5) El que haya sido sentenciado por la comisión de delitos dolosos.
- 6) Los que no comprueben un modo honesto de vivir.
- 7) Los que al terminar o ser sustituidos en su encargo de tutores, tengan pleito pendiente con el pupilo.
- 8) Los deudores del pupilo.
- 9) Los jueces, magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia o del consejo local de tutelas.
- 10) El que no tenga su domicilio en el lugar de residencia del pupilo.
- 11) El que se encuentre enfermo y la enfermedad le impida el ejercicio adecuado de la tutela.

De la extinción de la tutela

La tutela se extingue:

- a) Por la muerte del pupilo o porque desaparezca la incapacidad.
- b) Cuando el incapacitado sujeto a la tutela entre a la patria potestad por reconocimiento o adopción.

Del curador

Toda persona a la que se asigne un tutor, en cualquiera de las formas de tutela, también le será asignado un curador; excepto en los casos de los menores abandonados y expósitos o de los menores sujetos a la tutela dativa para su protección y educación; así como cuando no cuenten con bienes.

La curatela puede ser ejercida por las personas que cumplan las condiciones para ser tutores. La tutela y la curatela no pueden ser ejercidas por una misma persona. Los impedimentos para ejercer el cargo de tutor se aplican de la misma forma a la persona del curador.

Podrán nombrar por sí mismos curador los mismos que puedan nombrar a su tutor, siempre con autorización judicial y que son:

- Por el menor si ha cumplido dieciséis años.
- Los menores de edad emancipados por razón de matrimonio con bienes administrados por un tutor durante la minoría de edad.

El curador tiene obligación de:

- a) Defender los derechos del menor o incapacitado en juicio o fuera de él, exclusivamente cuando se encuentren en oposición con los del tutor.
- b) Vigilar la actuación, proceder y conducta del tutor.
- c) Hacer del conocimiento del juez de lo civil o lo familiar sobre cualquier hecho o situación que considere puede dañar la persona o los bienes del pupilo.

- d) Solicitar al juez el nombramiento de un nuevo tutor en caso de que éste faltara o abandone el cargo.

- e) Cumplir cualquier otra obligación que la autoridad o la ley le señalen.

La curatela termina cuando el menor o incapacitado salga de la tutela. Cuando sólo se cambie de tutor, el curador designado continuará en su cargo. Tiene derecho a ser relevado de la curatela pasados 10 años de estar en el encargo.

Paternidad Y Filiación

Concepto Y Alcance De Ambos Términos.

Es necesario hacer mención a una fuente del derecho de familia, a la procreación, es decir, que una pareja por unión sexual, tenga un hijo, hecho que genera un vínculo biológico y un vínculo jurídico entre los progenitores: padre y madre y, el hijo de ambos. Desde el punto de vista jurídico, el vínculo recibe el nombre de paternidad cuando es visto desde el lado de los padres, y de filiación cuando se enfoca desde el ángulo del hijo.

Concepto De Paternidad

Se define a la paternidad como “la relación que existe entre el padre (entendiendo a tal como el progenitor masculino) y sus hijos. Normalmente nos referimos en este concepto a hijos biológicos.”

“La paternidad alude a la relación biológica que une a una persona de sexo masculino con su descendencia directa, salvo el caso de paternidad por adopción que une a padre e hijo por elección”.

Por otra parte, “la paternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto,

puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la filiación de la ley (adopción).”

También, la paternidad puede ser definida así: “es la relación real o supuesta del padre con el descendiente”. De igual manera, la paternidad “es el hecho biológico de la procreación de donde se derivan las serie de deberes, obligaciones, facultades y derechos entre el padre y el hijo, de ahí la importancia de su determinación.”

Concepto De Filiación

La filiación forma parte de la relación paterno-filial junto con los conceptos de paternidad y maternidad al pertenecer todos ellos a un mismo vínculo jurídico, en donde por un lado están los progenitores y por ello se llama paternidad o maternidad, expresando la relación de éstos dentro del núcleo familiar y por el otro lado están los descendientes cuyo vínculo dentro de la familia se designa con el término filiación.

Seguidamente, la filiación como concepto jurídico se define: “La filiación puede ser vista de dos perspectivas exclusivamente: la primera como una relación jurídica entre un padre y su hijo, o una madre y su hijo, por lo que siempre es bilateral; y como estado civil, es decir, como una especial posición de una persona en relación con su sociedad, tipificada normativamente”.

Por otra parte, Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, definen la filiación como “la relación jurídica entre progenitores (padre y madre) y sus descendientes (hijos e hijas); así también la definen como el vínculo existente entre el padre o la madre o la madre y sus hijos; visto desde el lado de los hijos, formando el núcleo social primario de la familia”.

También la filiación es “el vínculo jurídico que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra, si la relación se complementa de la madre al hijo se llama filiación materna por el contrario si se complementa del padre al hijo se llama paterna, la filiación es el punto de partida del parentesco; en cuanto a la filiación materna el parto permite conocer con certeza la relación biológica entre la madre y el hijo que ha dado a luz,

en el caso de la filiación paterna sólo puede ser conocida a través de las presunciones, en caso de disputa, una vez que ha quedado probada la maternidad, una serie de circunstancias de tiempo y lugar nos permite inferir que el hombre ha engendrado a aquella persona cuya filiación se trata de establecer.”

Otro concepto de filiación es: “la filiación es el vínculo jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra”.

Además, la filiación también es definida desde el punto de vista biológico: “La filiación es el vínculo que crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado, y por lo tanto, constituye la forma más cercana de parentesco”. De igual manera, un diverso concepto es: “la filiación biológica se refiere al hecho natural causado por la reproducción humana; en este contexto todo humano tiene una filiación, ya que toda persona es hijo de alguien”.

UNIDAD 3

EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

Es el acto de llevar a efecto lo dispuesto por un juez o tribunal en el fallo que resuelve una cuestión o litigio. Como requisito fundamental, la sentencia ha de ser firme, es decir consentida por las partes o que no quepa contra ella ningún recurso, salvo el extraordinario de invalidación o revisión (según sea el caso). Ha de haber sido dictada por juez competente y de acuerdo con las leyes de forma y fondo que regulen la materia. Asimismo, en la fase ejecutiva del fallo, ha de seguirse estrictamente lo dispuesto en la ley.

El proceso de ejecución de sentencia es el procedimiento dirigido a asegurar la eficacia real y práctica de las sentencias de condena. Constituye la última etapa del iter procesal y sucede al proceso de conocimiento, con la finalidad de no hacer ilusorios los fines de la función jurisdiccional.

Couture señala que frecuentemente la sentencia no contiene una condena específica en sumas de dinero líquidas y exigibles, por lo que entonces resulta imprescindible realizar la liquidación correspondiente. Se dice, entonces, que el proceso se divide en dos etapas; la primera, destinada a determinar el “an debeatur” y la segunda, para determinar el “quantum debeatur”. Ahora bien, con relación a lo antes dicho fue necesario acudir a una diversidad de libros, doctrinarios que exponen con mucha claridad sobre la ejecución de las sentencias, el cual es un proceso que persigue el cumplimiento íntegro de éstas, que deberá efectuarse en sus propios términos. Son verdaderos procedimientos con características, requisitos y efectos propios y distintos de la acción original entablada. No consiste en un procedimiento contradictorio, por lo que el ejecutado tendrá muy limitadas sus posibilidades de actuación.

Juez competente: Según el Artículo 523 Código de Procedimiento Civil establece: “La ejecución de la sentencia o de cualquier otro acto que tenga fuerza de tal, corresponderá al Tribunal que haya conocido de la causa en primera instancia. Si fuere un Tribunal de arbitramento el que haya conocido en primera instancia, la ejecución corresponderá al Tribunal natural que hubiere conocido del asunto de no haberse efectuado el arbitramento.”

Mandamiento de Ejecución

El Artículo 527 del Código de Procedimiento Civil nos señala el mandato de ejecución de la siguiente manera: “Si la condena hubiere recaído sobre cantidad líquida de dinero, el Juez mandará embargar bienes propiedad del deudor que no excedan del doble de la cantidad y costas por las cuales se siga ejecución. No estando líquida la deuda, el Juez dispondrá lo conveniente para que se practique la liquidación con arreglo a lo establecido en el artículo 249. Verificada la liquidación, se procederá al embargo de que se trata en este artículo. El Tribunal podrá comisionar para los actos de ejecución, librando al efecto un mandamiento de ejecución en términos generales a cualquier juez competente de cualquier lugar donde se encuentren bienes del deudor.

El mandamiento de ejecución ordenará

- 1) Que se embarguen bienes pertenecientes al deudor en cantidad que no exceda del doble de la cantidad y costas por las cuales se siga la ejecución.
- 2) Que se depositen los bienes embargados siguiendo lo dispuesto en los artículos 539 y siguientes de este Código.
- 3) Que a falta de otros bienes del deudor, se embargue cualquier sueldo, salario o remuneración de que disfrute, siguiendo la escala indicada en el artículo 598.”

Cumplimiento voluntario: de la sentencia se puede definir como la ejecución, realización o la efectuación que el deudor cumpla con la obligación en un lapso fijado por el Tribunal no menor de tres días de despacho ni mayor de diez de despacho, cuando esta haya quedado definitivamente firme.

En el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil señala la ejecutoriedad de la sentencia, en los siguientes términos:

“Cuando la sentencia haya quedado definitivamente firme, el Tribunal, a petición de la parte interesada, pondrá un decreto ordenando su ejecución. En dicho decreto el Tribunal fijará un lapso que no será menor de tres días ni mayor de diez, para que el deudor efectúe el cumplimiento voluntario, y no podrá comenzarse la ejecución forzada hasta que haya transcurrido íntegramente dicho lapso sin que se hubiese cumplido voluntariamente la sentencia”.

Ejecución Forzada: Por otro lado el cumplimiento forzoso o ejecución forzosa; a diferencia de la anterior, se da en aquel supuesto en el cual el obligado se niega o no cumple voluntariamente la prestación, de modo que el que resulta beneficiado por la resolución (el acreedor de la prestación) se ve obligado a acudir al órgano jurisdiccional para que actúe coactivamente, realizando los requerimientos necesarios e, incluso si es preciso, empleando el auxilio de la fuerza pública.

Por todo ello, se puede definir la ejecución forzosa como aquel procedimiento mediante el cual los órganos jurisdiccionales y a través de medios coercitivos pretenden la ejecución obligada de los derechos subjetivos privados a una prestación.

Bienes excluidos de ejecución: Con relación a los estos bienes excluidos me remito al Código Civil Venezolano en el artículo 1929, el cual nos señala lo siguiente:

“Las sentencias que hayan de ejecutarse por los Tribunales de la República, se llevarán a efecto sobre los bienes muebles o inmuebles del deudor y sobre sus derechos y acciones que puedan enajenarse o cederse.

No están sujetos a la ejecución:

1. El lecho del deudor, de su cónyuge y de sus hijos.
2. La ropa de uso de las mismas personas y los muebles y enseres de que estrictamente necesiten el deudor y su familia.
3. Los libros, útiles e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio del deudor.
4. Los dos tercios del sueldo o pensión de que goce el deudor (actualmente inembargable mandato constitucional artículo 91, salvo materia de manutención)
5. El hogar constituido legalmente.
6. Los terrenos o panteones y sus accesorios, en los cementerios.”

Modos de ejecutar las sentencias

1. Entrega de cosa mueble o inmueble, se efectúa la entrega aún con la ayuda de la fuerza pública.

2.- Entrega de una cantidad que puede ser:

- a) Líquida: en este caso se embargarán bienes del deudor por el doble de la cantidad más las costas.
- b) Ilíquida: se practicará la liquidación por el juez.

3. La ejecución de una obligación de hacer o no hacer, la actividad del Juez se dirige al cumplimiento de las mismas, tal como es ordenado en la decisión, en caso negativo el ejecutante será autorizado para efectuarla por su cuenta. Si la condena es de no hacer, el incumplimiento es referido a los daños y perjuicios; lo que serán estimados como si fuera cualquier otra indemnización.

4. La ejecución de obligaciones alternativas, en principio el deudor en él la oportunidad del cumplimiento voluntario puede escoger entre las alternativas que ofrece su obligación; pero si no diera cumplimiento voluntario a la sentencia, esta elección la hace el ejecutante.

Defensas contra la ejecución: En principio la ejecución una vez comenzada continuará de derecho sin interrupción.

Sin embargo el Artículo 532 del Código de Procedimiento Civil presenta los casos en los cuales el ejecutado podría defenderse contra la ejecución:

1) Alegando la prescripción de la ejecutoria y se evidencie de así actas del proceso. En este caso si el ejecutante alegare haberla interrumpido sea abrirá una articulación probatoria de 8 días de despacho (promoción y evacuación de pruebas). El juez decidirá al noveno (9no) día de despacho. De esta decisión se oirá apelación en ambos efectos (devolutivo y suspensivo), si el juez ordena que se suspenda la ejecución; en caso contrario en su solo efecto (devolutivo).

2) Cuando alegue haber cumplido íntegramente la sentencia mediante el pago de la misma consigne en el mismo acto de la oposición documento autentico que lo acredite. En este caso, el juez examinará cuidadosamente el documento y si de él se apreciare su pago, el juez ordenará suspender la ejecución. De esta decisión se oirá apelación en ambos efectos (devolutivo y suspensivo), en caso contrario en un solo efecto (devolutivo).

El embargo ejecutivo

Sánchez (1999), define al embargo ejecutivo, como una actividad ejecutiva por la cual se individualizan bienes o derechos del ejecutado y se los sujeta a la ejecución. Su objetivo inmediato es proporcionar una cantidad de dinero o elementos patrimoniales susceptibles de convertirse en dinero a través de un ulterior proceso de realización.

Formas de practicar el embargo.

En el caso de Bienes Muebles: El juez se trasladará al sitio donde esté situado el bien objeto del embargo, ahí notificará al ejecutado, o a cualquier otra persona que se encuentre en el sitio, declarando la desposesión jurídica del ejecutado. Los bienes despojados serán entregados a un depositado nombrado por el juez mediante un acta que contenga el inventario y descripción de las cosas embargadas. El depositario deberá salvaguardar los bienes hasta el momento del remate judicial.

En el caso de Bienes Inmuebles: Según el artículo 535 CPC:” Cuando la cosa embargada fuere un inmueble o un derecho que tenga sobre él el ejecutado, el Juez participará de oficio el embargo al Registrador del Distrito (actualmente municipio) donde esté situado el inmueble, indicando sus linderos y demás circunstancias que lo determinen distintamente, a fin de que se abstenga de registrar toda escritura que verse sobre gravamen o enajenación del inmueble embargado.

El Registrador será responsable de los daños y perjuicios que cause por el incumplimiento de la orden del Juez”. Cuando se hace alusión a embargo sobre bienes inmuebles, el juez deberá de oficio participar el embargo al registrador del municipio donde se encuentra el bien para evitar el registro de cualquier escritura que pudiera versar sobre el inmueble.

Si el inmueble estuviere siendo ocupado por el ejecutado, este podrá seguir ahí, hasta el momento del remate, siempre que cancelare mensualidades anticipadas fijadas por el tribunal; en caso de incumplimiento de dicho pagos el tribunal ordenara la desocupación del inmueble.

Embargo de bienes corruptibles: Los bienes corruptibles son aquellos que se encuentran sujetos a descomposición física por ser de carácter perecederos. Por lo tanto el embargo se debe realizar en una forma más breve, publicándose en un solo cartel o incluso omitir éste si fuere necesario, para evitar la corrupción de los bienes. Este embargo se realizara mediante la estimación del valor de los bienes, por un perito nombrado por el tribunal, favoreciendo a quien ofrezca el mayor precio de contado por encima del establecido por dicho perito. (Art. 538 CPC).

Graduación del embargo: es el sistema adoptado por el legislador venezolano en el único aparte del artículo 534 de CPC y en virtud del mismo se permite que un mismo bien pueda ser objeto de varios embargos, pero graduando el derecho de los acreedores en orden a la antigüedad de los embargos respectivos, para permitir que una vez rematado el bien, el derecho de los ejecutantes se traslade al precio obtenido en el remate en el mismo orden y cuantía en que hayan sido practicados los embargos; dejando a salvo preferencias y privilegios legales.

Diferencias entre el embargo ejecutivo y el preventivo.

- El embargo ejecutivo, es aquél que tiene por objeto la realización material de la sentencia definitivamente firme dictada en juicio, ante el incumplimiento voluntario del obligado por la misma y podrá recaer sobre bienes muebles e inmuebles.
- Embargo preventivo, es aquél por el cual se afectan e inmovilizan del tráfico jurídico uno o varios bienes muebles de la parte contra quien va dirigida la medida, con la finalidad de asegurar la eficacia práctica o el resultado de la sentencia definitivamente que resulte del juicio.
- En el embargo ejecutivo, no cabe la oposición de parte, a menos que se trate de bienes excluidos de ejecución.
- Embargo preventivo, procede la oposición de parte contra quien se decrete o ejecute, basada en el no cumplimiento de los requisitos de procedencia establecidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil.

- En el embargo ejecutivo, no podrá decretarse mediante caución, pues procederá sólo cuando proceda la ejecución forzosa de la sentencia definitivamente firme cuya realización material se procura satisfacer con el mismo.
- En cuanto el embargo preventivo, si es procedente la constitución de una caución por el solicitante para responder por los daños y perjuicios que dicha medida pueda ocasionar a la parte contra quien se dirija.
- En el embargo ejecutivo, se le permite al ejecutante señalar los bienes sobre los cuales va a recaer el embargo. En lo que se refiere al embargo preventivo, el Código de Procedimiento
- Civil en su artículo 597, facultad al demandado a señalar los bienes sobre los cuales recaerá la medida, siempre que no se le cause un perjuicio al demandante.
- El embargo ejecutivo, procede únicamente cuando existe una sentencia definitivamente firme y en estado de ejecución, con excepción de los casos de la vía ejecutiva, la ejecución de hipoteca y cuando se anuncia casación contra la sentencia que causó la ejecutoria.
- El embargo preventivo Es aquella medida a través de la cual, el tribunal a solicitud de parte, cumpliéndose los requisitos exigidos por el artículo 585 del CPC, impide que el afectado por la medida pueda de alguna forma vender o traspasar la propiedad de un bien inmueble, litigioso o no, o de alguna manera gravarlo en perjuicio de su contra-parte.

El depósito judicial

Es el acto judicial mediante el cual el Juez o cualquier otra autoridad competente, pone en posesión de una persona denominada depositario las cosas, materiales o inmateriales, que son objeto de una medida de embargo, secuestro u ocupación u otra de similar naturaleza, con el fin primordial de que la cuide y la conserve manteniéndola a la orden de quien se la entregó y con la obligación de devolverlas al momento y según se lo ordene un primer requerimiento.

Requisitos para ser depositario

Para ser depositario se requiere:

- Autorización del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores y de Justicia ¿Qué se requiere?
 - a) Factor Humano y Material
 - b) Garantía (Bancaria o Seguro)
 - c) Constituir y Mantener póliza (Riesgos de Incendio, Inundación y Robo).
 - d) Solicitud al Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores y de Justicia, con los datos personales y los siguientes recaudo:
 - Referencias Comerciales
 - Acta Constitutiva.
 - Solvencia de Impuesto sobre la Renta.
 - Certificado de Antecedentes Penales y Policiales
 - Descripción del Factor Humano y Material.
 - Copias de los Documentos que lo acrediten de haber cumplido con la Ley de Depósito Judicial.

Designación de Personas que pueden ser depositarios: Cualquier persona con capacidad de ejercicio, que no se encuentre dentro de las personas inhabilitadas en el artículo 545 del Código de Procedimiento Civil.

Personas inhábiles para ser depositarios: No puede ser depositario ni el ejecutante (salvo disposición expresa de la ley), ni el ejecutado (salvo consentimiento expreso del ejecutante). Tampoco funcionarios y empleados del tribunal, ni los parientes de las personas antes señaladas, comprendidas dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, sus dependientes, ni sirvientes domésticos, sin el consentimiento expreso del ejecutado.

Obligaciones del Depositario:

El depositario también debe cumplir una serie de obligaciones, entre las cuales se pueden citar:

➤ Deber de Informar al Ministerio de Interior y Justicia:

Sobre los bienes que tienen bajo su guarda, los primeros seis días de cada mes, pasando para ello una relación muy detallada de los bienes que tiene bajo su cuidado del mes anterior. En los casos de modificación de los Estatutos del Acta Constitutiva o cambio de sus administradores o apoderados, así como de su personal.

➤ Estimar el Valor de los Bienes y asentarlos en el acta:

Bienes Individuales, valor de cada uno.

Oposición al embargo

Requisitos

- Ø Que el tercero alegue ser tener legítimo de la cosa o cosas embargadas, si ésta o éstas cosas se encontraren verdaderamente en su poder.
- Ø Que el tercero presente prueba fehaciente de la propiedad de la cosa por un acto jurídico válido.

Son dos extremos: uno de hecho y uno de derecho

Por el extremo de hecho: el Tercero debe alegar que es tenedor legítimo del bien o bienes embargados, demostrando que ellos se encontraban realmente en su poder. Puede ser un hecho evidente que el propio tribunal comprueba en el lugar de los acontecimientos, al ver que quien hace oposición realmente se encuentra en poder de la cosa pero puede ser una situación de hecho que sin ser evidente, queda tipificado en el extremo exigido.

Esos casos son:

- a) Tiene la tenencia legítima de la cosa pero no estaba presente en el momento en que se realizó el acto de embargo, pero prueba que tiene el goce de la cosa y que realiza los denominados actos de disfrute sobre dicha cosa.

- b) Se trata de una tenencia que realiza en nombre de un tercero que no es ejecutado, y, en nombre del tenedor legítimo y propietario de la cosa realiza la oposición.
- c) La cosa la tiene legítimamente, pero pertenece a una comunidad siendo que actuando en provecho de la comunidad debe entenderse que su legitimación tenencia y poder material sobre la cosa es suficiente.

En todo caso se salvan los obstáculos que presentaba en el pasado el concepto de posesión, reduciéndolo a uno de mayor elementalidad y menor problematización; el de tenencia. Sin embargo, este no es el requisito más importante puesto que lo relevante y eficaz es la demostración del derecho de propiedad sobre la cosa que ha sido objeto de un embargo.

El segundo requisito exigido es de derecho, pues el opositor debe probar su propiedad sobre la cosa con prueba fehaciente y con fundamento en un acto jurídico válido.

Si la prueba es de documento público que contenga el título de propiedad, la oposición debe prosperar sin mayores comentarios, pero si se trata de documentos privados de tipo mercantil que aunque pueden ser fehacientes no son absolutos, y frente a la contra-oposición habrá que determinar con todos los medios de prueba tradicionales, la propiedad de la cosa.

Legitimación: Un tercero que demuestre un derecho ya sea como titular de la cosa o como poseedor precario en nombre del ejecutado, mediante prueba fehaciente. En el caso del poseedor precario se reconoce su derecho sobre la cosa embargada, pero igual se continúa con la ejecución.

Suspensión: El juez ejecutor solo suspenderá la medida de embargo, cuando un tercero alegare, en la oportunidad de practicarse la medida, ser tenedor legítimo de los bienes embargados y lo demostrase en ese momento mediante prueba fehaciente (propietario de la cosa a embargar).

Procedimiento

- a) Si el tercero se opone al embargo con prueba fehaciente, pero a su vez el ejecutante o ejecutado se opusieran a la pretensión del tercero, también con una prueba fehaciente, el juez practicará la medida y se apertura una articulación probatoria de 8 días de despacho, decidiendo el juez al 9no día despacho, vencida la articulación.
- b) El juez en su decisión puede revocar la medida, si el tercero prueba su propiedad sobre la cosa. De lo contrario confirmará el embargo, pero si resultare probado que el opositor sólo es un poseedor precario a nombre del ejecutado, o que sólo tiene un derecho exigible sobre la cosa embargada, se ratifica el embargo pero respetando el derecho del tercero.
- c) En este último caso la cosa podrá ser objeto de la venta pública (remate), pero aquella persona que resulte adjudicada tendrá la obligación de respetar el derecho del tercero y para fijar el justiprecio de la cosa embargada se tomará en cuenta esta circunstancia.

Recursos: De la decisión se oirá apelación en un solo efecto devolutivo. El Tribunal Supremo de Justicia ha mantenido su jurisprudencia en cuanto a la admisibilidad de inmediato del Recurso de Casación contar las interlocutorias que se dicten en las incidencias sobre medidas preventivas.

Levantamiento de la medida por inactividad procesal: La carga de impulso procesal corresponde a la parte solicitante del embargo (ejecutante), la cual debe solicitar al tribunal la práctica de las diligencias tendentes a la ejecución, en caso contrario cuando transcurra más de tres (3) meses de haberse practicado la medida, sin impulsar la ejecución, se levanta la medida sobre los bienes embargados.

El justiprecio

Ossorio: “Tasación o valoración de una cosa, generalmente efectuada por peritos. El justiprecio es indispensable para diversos actos jurídicos: sucesiones, dotes, división de la cosa común, expropiación forzosa y muchos otros”.

Calvo Baca: lo define como "Justo precio o valor de una cosa. Valor designado en una estimación pericial en las cosas embargadas por los peritos nombrados para tal efecto".

Cabanellas: "El justiprecio es el justo valor de una cosa. Valor asignado en una estimación pericial. En general, tasación, avalúo, aprecio, valorización".

En nuestro Código de Procedimiento Civil se encuentra establecido en los Artículos 556 al 562.

Procedimiento para la designación de los peritos

Son tres peritos los encargados de fijar el justiprecio.

- a) Las partes de común acuerdo designarán cada una de ellas un perito en el peritaje y el tercero entre ambas, sino llegan a un acuerdo sobre este tercer perito, la designación la hace el juez.
- b) Si no comparece una de las partes, el juez designa ese perito y el otro, en donde las partes tuvieron que haber estado de acuerdo.
- c) Es oportuno destacar que nuestro C.P.C permite a las partes en el proceso siempre que no afecten el derecho de terceros, ponerse de acuerdo en que el justiprecio lo haga un solo perito, sino se llega a un acuerdo en quien será el perito, la designación la efectúa el juez.

Por otra parte, las partes deberán consignar una declaración del designado firmada por éste, manifestando que aceptará la elección, por cuanto de no consignar esta manifestación, el nombramiento lo efectuará el Juez en el mismo acto.

Es necesario indicar que para ser perito se requiere una serie de condiciones y estas son las siguientes:

- a) Residir en el lugar donde estén situados los bienes (Cuando los bienes que vayan a ser objeto del justiprecio estén situado fuera de la jurisdicción del Tribunal este comisionará a uno de su misma categoría del lugar donde se encuentren los bienes, para que se efectúen las diligencias del justiprecio).

- b) Poseer conocimiento práctico de las características, calidad y precios de las cosas que serán objeto del justiprecio. Si hubiere cosas de especie y naturaleza diferentes se harán tantos peritajes como sean necesarios.

En este mismo orden de ideas, las partes tienen la carga procesal de presentar a los peritos al tribunal para que presten juramento y en caso de haber sido designado por el juez este ordenará su notificación. Luego de juramentado los peritos o perito según sea el caso, el Juez de acuerdo con ellos, fijará la oportunidad para que concurran al tribunal y reunidos en la oportunidad señalada, oirán las observaciones que quisieran realizar las partes y permita contribuir a la formación del justiprecio.

Recusación:

Procedimiento

La recusación de los peritos deberá proponerse el mismo día de su nombramiento o dentro de los dos días de despacho siguientes.

La parte que nombró al perito dentro de los tres días de despacho siguientes de propuesta la recusación, deberá indicar las razones que tenga que invocar contra ella y la incidencia de la recusación quedará abierta a pruebas por un lapso de ocho días de despacho, decidiendo el Juez al noveno día de despacho siguiente al vencimiento del lapso probatorio.

Si la recusación fuere declarada con lugar, el Juez en la decisión que pronuncie al respecto nombrará al nuevo perito que sustituya al recusado.

Formas de determinar el valor de los bienes embargados

- a) Fijada la oportunidad a los peritos para la concurrencia al tribunal, los peritos oirán las observaciones que deseen hacerles las partes que pueden contribuir a la fijación del valor racional de las cosas.
- b) Si las partes no concurren o una vez oídas estas en el caso de que lo hagan, conferenciarán en privado en la misma sede del Tribunal y procederán a efectuar la fijación del justiprecio, el cual será fijado por mayoría de votos.

- c) Si no pudiere haber acuerdo entre los peritos para la fijación del justiprecio el Juez oirá las razones de cada uno; y en el mismo acto establecerá el justiprecio.
- d) Mediante escrito que entregarán al Tribunal el día fijado para la reunión, las razones y argumentos que sirvieron de fundamento para la fijación del justiprecio. Es vinculante para el Juez.

Excepción: Las partes pueden de mutuo acuerdo efectuar ellas el justiprecio de los bienes que serán objeto de remate, siempre que no hayan terceros interesados que puedan perjudicarse con la fijación que estas hagan.

Impugnación del Justiprecio

Procedimiento

- Las partes podrán impugnar el resultado del peritaje por error sobre la identidad o calidad de la cosa justipreciada. Lo cual probarán dentro de los cinco días de despacho siguientes al día que se fijó la reunión para fijar el justiprecio.
- El Juez resolverá al sexto día de despacho la pretensión del impugnante y en caso de declarar firme el justiprecio fijados por los peritos impondrá una multa al impugnante; esta decisión no tiene apelación.

Publicidad del remate

Necesidad del Anuncio del Remate

Es de interés, por los derechos, posiciones e intereses involucrados en la enajenación forzosa, que la venta del bien se publicite suficientemente, tanto para permitir a cualquier interesado con derecho sobre la cosa ejercer la defensa de su derecho, como para traer al acto de la pública subasta al mayor número de postores posibles.

Cabe destacar que, la publicidad es un requisito fundamental para que pueda procederse al remate y así obtener el mayor o mejor precio que satisfaga a las partes.

Publicidad del Remate de Bienes Muebles:

Cuando se tratara de bienes muebles la publicación se realizará en tres distintas ocasiones, de tres en tres días, mediante carteles que se publicarán en un periódico del lugar donde tenga su sede el Tribunal, y además, en uno del lugar donde estén situados los bienes (de ser el caso), que si no hubiere periódico en la localidad, la publicación se efectuará en un periódico de la Capital del Estado y en otro de la Capital de República que tenga circulación en el lugar donde se efectuará el remate.

Publicidad del Remate de inmuebles: En el caso de inmuebles, la forma de la publicación es la misma que para los bienes muebles, antes explicado; salvo el intervalo entre la publicación de un cartel y otro cartel, no es tres (3) días sino diez días (10).

Cómputos de los Lapsos: Los cómputos de intervalo entre la publicación de un cartel y otro cartel, indiferentemente que persiga el remate de bienes muebles o inmuebles, se hará por días de calendario consecutivo.

Contenido de los carteles de remate

En la ejecución ordinaria los carteles deberán indicar:

- Los nombres y apellidos, tanto del ejecutante como del ejecutado.
- La naturaleza de la cosa, y una breve descripción de ella, y si fuere inmueble su situación y linderos, expresándose si el remate versara sobre la propiedad o sobre cualquier otro derecho.
- Una carga impuesta al ejecutante, pone a cargo del ejecutante las diligencias para obtener los gravámenes que pesen sobre la cosa en una gestión anticipada a la publicidad que debe desarrollar el Juez por oficio ante el Registrador del lugar donde se encuentra ubicado el inmueble.

En lo último o en el único cartel cuando hubiere supresión de carteles por convenio de las partes, se indicara además:

- El justiprecio.
- Los gravámenes que pesen sobre la cosa y el lugar día y hora en que se efectuará el remate.

Supresión de los Carteles por acuerdo de las partes: Las partes pueden de mutuo acuerdo celebrado durante la ejecución, pueden efectuar el remate con base a la publicación de un solo cartel, siempre que no haya terceros interesados que puedan perjudicarse con la supresión, y que, se presentara algún tercero impugnando el acuerdo de las partes, y acredita su interés ante el Juez, se dejará sin efecto el acuerdo y se harán las publicaciones en la formas que ya se señalaron(remate de bienes muebles – remate de bienes inmuebles).

El Remate

Definiciones de Subasta y Venta de los Bienes

Una subasta o remate es una venta organizada de un producto basado en la competencia directa, y generalmente pública, es decir, a aquel comprador (postor) que pague la mayor cantidad de dinero o de bienes o en su defecto el que haga la mejor oferta, se le adjudica el bien.

Otros autores, consideran que subasta y remate no son sinónimos, sino que la subasta es el acto inicial donde se oferta (puja), cuya finalidad es la venta de la cosa (remate = resultado de la subasta).

Quienes pueden ser postores

Se requiere capacidad de ejercicio y no estar sujeto a ninguna de las prohibiciones establecidas en los artículos 1481 y 1482 del Código Civil. El apoderado requiere de facultad expresa para poder hacer proposiciones por su poderdante.

La prohibición: no alcanza por consiguiente sino a la persona misma del ejecutado y no han de considerarse privados del derecho de hacer postura los hijos, descendientes y demás parientes suyos (ya que no responsables de la conducta del deudor). Indudablemente que la prohibición alcanza también al cónyuge del ejecutado (a), y así lo estipula la norma en estudio, al referirse expresamente el artículo 1481, del Código Civil, a la prohibición de venta de bienes entre marido y mujer indiscutiblemente, la subasta y consiguiente remate de bienes, no es otra cosa que una venta, con diferencia simple de que la voluntad del propietario de los bienes la suple el tribunal a objeto de que se cumpla la acción de lo juzgado y sentenciado.

No pueden ser postores, los funcionarios judiciales que intervienen en el pleito donde se produce el remate

Requisitos para participar como postor

- Llegado el momento para la subasta se procederá a fijar la caución que deben prestar los postores para que le sean admitidas sus propuestas.
- Una vez ofrecidas las cauciones el Juez las examinará y si las encuentra convenientes y aceptable las declarará constituidas en el mismo acto.
- Al ejecutante se le aceptará como caución su crédito.
- Todo postor deberá prestar caución que la fija prudentemente el Tribunal, que puede ser real o personal, a elección del Tribunal.
- La finalidad de la caución es cubrir los gastos que ocasione un nuevo remate en caso de incumplimiento del pago del precio por parte de quien se adjudique en principio e bien.

Formalidades y Reglas para el curso de la subasta.

- Una vez iniciado el acto de remate éste continuará hasta su fin, para lo cual se tendrá por habilitado el tiempo necesario sin que se requiera a petición de parte.
- Una vez llegado el momento del remate el Juez se constituirá con el Secretario, y procederá a fijar la caución.

- Posteriormente el juez la examina y si la considera suficiente, permite la participación de los terceros interesados en adquirir la cosa.
- Seguidamente el Secretario da lectura a las certificaciones relativas a la libertad o gravámenes que puedan afectar los inmuebles, y a cualquier otra información que el Juez considere pertinente.
- Luego se fija un lapso no menor de quince (15) minutos ni mayor de una hora para oír las propuestas de compra, de las cuales se dejara constancia si así lo exigiere el postor.
- Finalizado el tiempo fijado para oír las propuestas el Juez examinará las que se hayan efectuado y adjudicará el bien al mayor postor si su propuesta fuere de pago en efectivo e inmediato, o al mejor postor en que caso de que la mayor propuesta no sea en efectivo y con pago inmediato.

Diversas bases de posturas del remate

- a. Primera base 50% del valor del Justiprecio (leer artículo 577 del C.P.C)
- b. Segunda Base: $\frac{2}{5}$ del valor del justiprecio (leer artículo 578 del C.P.C)
- c. Remate del arrendamiento o de la administración (leer artículo 579 del C.P.C).
- d. Cuarto Remate, nueva base: tercio del justiprecio (leer artículo 580 del C.P.C).
- e. En caso de Bienes Muebles (tres oportunidades 50%; $\frac{2}{5}$; $\frac{1}{3}$ = leer artículo 583 del C.P.C)

Cancelación del precio del remate, Formas

Dentro de los tres días a aquel en que se haya hecho la adjudicación. Si la cosa se adjudicare al ejecutante, éste consignará solamente la parte en que el precio exceda a su crédito, si por el solo se ha embargado la cosa y en el caso de haber otro acreedores, la parte del precio a que él no tenga derecho.

Se admitirán propuestas a plazos, si el ejecutante y el ejecutado las aceptaren, o si las aceptare el primero, dándose por satisfecho desde luego del precio ofrecido, siempre que este precio no sea superior al crédito. Si lo fuere se requerirán también el consentimiento de quien resulte interesado en el resto del precio.

Efectos de la adjudicación en el remate:

La adjudicación en el remate transmite al adjudicatario una vez pagado el precio del remate los mismos o iguales derechos que sobre ella tenía la persona a quien se le remato y con la sola excepción establecida en el único aparte del artículo 1911 del Código Civil transmite no solo la propiedad y posesión que tenía el ejecutado sino también todos los derechos que tenía, fueren principales, accesorios y derivados sobre la cosa.

Después de pagado el precio, el adjudicatario tiene derecho a ser puesto en posesión de la cosa que se le adjudicó, por el Tribunal, el cual de ser necesario hará uso de la fuerza pública, para efectuar tal acto. La posesión que adquiere el adjudicatario en razón de la adjudicación es una posesión legítima.

En los casos en que la adjudicación, se haya efectuado mediante la proposición del pago del precio a plazos la cosa adjudicada queda efectuada para garantizar el pago del precio con hipoteca legal si la cosa fuere inmueble y con prenda sin desprendimiento de la tendencia si fuere mueble.

El adjudicatario tiene derecho a que después de pagado el precio, se le ponga en posesión de la cosa que se le adjudicó, ello solo es posible si el ejecutado estaba en posesión del bien antes de la ejecución, si no estaba no se puede poner en posesión al adjudicatario.

Efectos del Acta de Remate: El acta de remate constituye la prueba plena de los derechos adquiridos por el adjudicatario; el título de propiedad, debiendo registrarse si se trata de inmuebles o de otros bienes o derechos susceptibles de hipoteca, para que surta efectos contra terceros. La buena pro y adjudicación que se acuerde en el remate judicial al postor,

expropia por mandato de la Ley al deudor ejecutado y transfiere la propiedad de la cosa rematada al adjudicatario.

Remate de bienes corruptibles: En el caso de tratarse de bienes expuestos a corrupción, se publicará un solo cartel para sacar el bien a la venta pública; aun cuando el justiprecio no se haya efectuado, la adjudicación se hará al mayor postor y solo se aceptarán propuestas de contado y pago inmediato en la sede del tribunal o en cualquiera otra parte.

Remate de Bienes muebles e Inmuebles: Se sacarán a remate uno por uno, siguiéndose el orden que indique el ejecutado, o, en su efecto, el tribunal.

El artículo 574 del C.P.C establece, que si el producto del remate de uno o varios bienes fuere suficiente para satisfacer, el monto de la ejecución se suspenderá el remate por lo que respecta a los restantes y se dejarán libres de embargo, los demás bienes que hubieren estado embargados no serán sacados a remate y se suspenderá la medida de embargo que sobre ellos se encontraba vigente, prescindiéndose de la continuación del remate.

Impugnación del Acto de Remate: El remate no puede atacarse por vía de nulidad por defectos de forma o de fondo, y la única acción que puede proponerse contra sus efectos jurídicos es la reivindicatoria.

UNIDAD 4

Medidas Cautelares

Concepto:

Las medidas cautelares son disposiciones judiciales que se dictan para garantizar el resultado de un proceso y asegurar el cumplimiento de la sentencia, evitando la frustración del derecho del peticionante derivada de la duración del mismo. Ésta es la concepción más corriente de las medidas cautelares. Tradicionalmente se las designa como medidas cautelares, aunque

también se las ha dado en llamar acciones cautelares o conservativas, así como también procesos o procedimientos cautelares, haciendo alusión a la sustanciación y la forma de obtenerlas.

Como su nombre lo indica constituyen modos de evitar el incumplimiento de la sentencia, pero también suponen una anticipación a la garantía constitucional de defensa de los derechos, al permitir asegurar bienes, pruebas, mantener situaciones de hecho o para ayudar a proveer la seguridad de personas, o de sus necesidades urgentes. Su finalidad es la de evitar perjuicios eventuales a los litigantes presuntos titulares de un derecho subjetivo sustancial, tanto como la de facilitar y coadyuvar al cumplimiento de la función jurisdiccional, esclareciendo la verdad del caso litigioso, de modo que sea resultado conforme a derecho y que la resolución pertinente pueda ser eficazmente cumplida. Como su finalidad es instrumental, la medida del ejercicio de la facultad de solicitar y ordenar medidas cautelares estará dada precisamente por aquella finalidad a que está referida, atendiendo procurar el menor daño posible a las personas y bienes a los cuales afecte la medida. Sobre este punto particular volveremos más adelante.

Caracteres

La doctrina ha asignado una gran variedad de notas distintivas a las medidas cautelares. Aquí enunciaremos en primer término las más corrientes, para luego tratar brevemente las restantes características. Así tenemos:

Accesoriedad

Las medidas cautelares no tienen un fin en sí mismas, dependen de una pretensión principal y se sujetan a las contingencias y vicisitudes de ella. Esta nota de accesoriedad existe en todas las medidas cautelares, incluso en aquellas que han dado en denominarse autónomas. Son un accesorio o instrumento de otro proceso, ya sea actual, ya sea futuro. Se otorgan siempre en razón de una pretensión principal que se quiere salvaguardar, pues aún las medidas autónomas deben estar referidas a un derecho controvertido cuyo reconocimiento se quiere

lograr en virtud del ejercicio de una acción en juicio. Es por ello que la mayoría de los ordenamientos incluyen una cláusula de caducidad para el caso de que, otorgada que sea la medida cautelar, la acción a la cual sea referida no sea intentada dentro de un cierto plazo, que puede ser más o menos extenso. En nuestro ordenamiento procesal, esta exigencia se encuentra prevista en el art. 700 del Cód. Proc. Civ.

Algunos autores han sostenido la idea de la autonomía de las medidas cautelares, afirmando que es una forma en sí misma de acción, al constituir un poder jurídico actual de solicitar del órgano jurisdiccional la tutela de un derecho cuya existencia es aún dudosa. Otros autores señalan que existen medidas cautelares que tienen una finalidad en sí mismas, vale decir la no promoción del proceso del cual deberían depender no afecte su eficacia ni su existencia porque cumplen una finalidad por sí mismas. En este supuesto la medida cautelar estaría relacionada con una pretensión cuya nota es no solo su futuridad, sino también su eventualidad, vale decir la mera hipótesis de su existencia. En este orden de ideas se ha mencionado el caso del otorgamiento de litis expensas, el cual cumple su objeto sin importar el resultado del proceso para el cual fueron dadas, o también el caso del otorgamiento de alimentos provisorios.

Entendemos que dada la formulación de nuestro ordenamiento jurídico, las medidas cautelares deben estar siempre referidas a una pretensión actual o futura. Esta última puede ser incluso eventual o hipotética, pero siempre debe mencionarse al solicitar la medida. De otro modo la protección cautelar no puede otorgarse. Como hemos dicho más arriba, aún las medidas cautelares autónomas no existen por sí mismas, precisan necesariamente estar referidas a una acción posterior que será promovida. La autonomía de estas medidas solo radica en su anterioridad temporal a la causa que deberá seguir luego. Es por ello que el pedido debe mencionar la acción a la cual la medida cautelar será referida.

Provisionalidad

Esta es tal vez la nota más distintiva de las medidas cautelares y también aquella que encuentra coincidencia en la gran mayoría de los autores. Las medidas cautelares pueden modificarse o suprimirse si cambian las circunstancias dadas al tiempo de decretarlas. Esta característica ha

llevado a los autores a decir que la decisión sobre las medidas cautelares, ya sea para desestimarlas o acogerlas, no hace cosa juzgada. Por lo tanto esta decisión puede ser modificada o revocada, aun cuando ya se halle preclusa la oportunidad procesal para impugnarla. En efecto, la medida cautelar ya consentida puede, no obstante ello, ser revisada a posteriori, si resultan falsos los hechos alegados para obtenerlas, o ciertas circunstancias relacionadas con ellos, como también si la situación fáctica original sufre cualquier alteración o cambio. Y también puede ser nuevamente solicitada, aunque ya se halle firme el auto que las denegó en un principio.

Igualmente las medidas cautelares son provisionales en el sentido de que su destino está ligado a la pretensión principal que pretenden asegurar. Vale decir, el pronunciamiento sobre la cuestión principal debatida determina la suerte de la medida cautelar, la cual se extingue de pleno derecho. Este efecto tiene lugar independientemente del sentido en que se decide el litigio, dado que si la sentencia acoge la demanda, esta decisión reemplaza –o en ocasiones modifica– la resolución que ha ordenado la medida cautelar. Si por el contrario, la sentencia desestima la pretensión deducida, la medida cautelar se extingue ipso iure, sin necesidad de una declaración expresa en este punto. Las medidas cautelares se extinguen además cuando el proceso al cual se hallan vinculadas termina por cualquiera de los modos anormales previstos en el derecho procesal, a saber: por caducidad, desistimiento, allanamiento, y demás. Del mismo modo terminan cuando se produce la caducidad de la medida cautelar misma, al no haberse intentado la acción en vistas a la cual fueron dictadas.

En nuestro ordenamiento jurídico esta provisionalidad está regulada en los artículos 697, 698 y 692 del Cód. Proc. Civ. El primero de ellos dispone expresamente: “Carácter provisional. Las medidas cautelares subsistirán, mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento.”

Concordante con dicha disposición el art. 698 del citado cuerpo legal establece la facultad del afectado de solicitar la sustitución de la medida en los siguientes términos: “Sustitución o reducción a pedido de parte. En cualquier momento el afectado podrá pedir la reducción o sustitución de una medida cautelar por otra, cuando la decretada fuere excesiva o vejatoria. Podrá también dar garantía suficiente para evitar alguna de las medidas cautelares reguladas

por este Código, o para obtener su inmediato levantamiento. Dicha garantía consistirá en fianza, prenda, hipoteca u otra seguridad equivalente.”

Una derivación de la nota de provisionalidad es lo que se ha dado en llamar la mutabilidad o flexibilidad de las medidas cautelares, que importa la exigencia de que en todo tiempo se ajusten a las necesidades del caso y por ende, aún ejecutoriada puede modificarse ampliarse o limitarse a pedido de parte; así como el poder otorgado al magistrado para decidir, independientemente de la pretensión intentada por la parte, cuál es la medida más idónea.

En este sentido el art. 692 completa las disposiciones ya citadas al otorgar amplias facultades al juez permitiéndole utilizar su prudente arbitrio a la hora de decretar la medida cautelar, teniendo en vistas especialmente la finalidad de la cautela y la índole del derecho y pretensión que se pretende amparar. El artículo textualmente dice: “Facultades del juez. El juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia y naturaleza del derecho que se intentare proteger.” Y el art. del Cód. Proc. Civ. que establece: “Modificación. El que solicitó la medida podrá pedir la ampliación, mejora y sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ella no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada.”

Inaudita parte

En los procesos cautelares el trámite es esencialmente sumario y por ende la resolución en él tomada tiene una impronta de superficialidad en cuanto a la verdad de la pretensión deducida. Las medidas cautelares son, pues el resultado, no de un proceso amplio de cognición, donde se proveen los mecanismos necesarios para la consecución de certeza, sino de un proceso abreviado que no requiere de la participación de la parte contra la cual se dictan. Esta característica está muy relacionada y encuentra su explicación en el requisito de la verosimilitud, que como veremos es uno de los presupuestos ineludibles de la medida cautelar. Se basan en los hechos que acredita sumariamente el peticionante. Esta característica encuentra su pendón o contrapeso en otro de los requisitos indispensables para su procedencia, cual es la provisión de una adecuada y suficiente contra cautela. El art.

694 del Cód. Proc. Civ. dispone que: “Cumplimiento y apelación de las resoluciones. Ordenada una medida cautelar, se la cumplirá sin más trámite, y sin necesidad de conocimiento de la parte contraria, la que en todos los casos será notificada personalmente o por cédula dentro de los tres días del cumplimiento de la misma...”

El carácter sumario y la falta de sustanciación que identifican al proceso cautelar no importa una exclusión absoluta del derecho a la defensa, sino tan solo su diferimiento a un momento posterior: aquél en el cual el afectado puede impugnar la medida o solicitar su modificación o levantamiento. Esto significa que en un primer momento se sacrifica el principio de contradicción, atendiendo a la urgencia de la necesidad que la medida cautelar pretende satisfacer.

Requisitos de las medidas cautelares

Los peculiares caracteres de las medidas cautelares exigen el cumplimiento de ciertos requisitos para su procedencia,. La doctrina tradicional los ha agrupado en la clásica trilogía de: verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y provisión de contracautela. Estos requisitos han sido previstos en nuestra ley procesal en el art. 693: “Presupuestos genéricos de las medidas cautelares. Quien solicite una medida cautelar deberá, según la naturaleza de ella: a) acreditar prima facie la verosimilitud del derecho que invoca; b) acreditar el peligro de pérdida o frustración de su derecho o la urgencia de la adopción de la medida según las circunstancias del caso; y c) otorgar contracautela para responder de todas las costas y de los daños y perjuicios que pudiere ocasionar si la hubiese pedido sin derecho, salvo aquellos casos en que no se la requiera por la naturaleza de la medida solicitada.” Trataremos por separado cada uno de estos supuestos.

Verosimilitud en el derecho.

Como hemos visto más arriba, las medidas cautelares se otorgan en el marco de un procedimiento sumario en el cual no es posible un conocimiento exhaustivo de la causa, sino

que basta un conocimiento periférico o superficial de ella, que se satisface con la mera probabilidad de la existencia del derecho litigioso.

Esta nota de sumariidad y falta de contradicción exigen acreditar un alto grado de probabilidad, entendida ésta como “posibilidad razonable” de que se reconozca en la sentencia definitiva la certeza de verdad del derecho o pretensión deducido en el marco del juicio. Es lo que los autores han dado en llamar *fumus bonis iuris*. La demostración de la existencia de este requisito no requiere una plena prueba, ni la demostración concluyente de ese derecho, sino tan solo la acreditación *prima facie* del mismo. Esta acreditación, de ordinario, se lleva a cabo por medio de una información sumaria.

El análisis y conclusión de la existencia de este presupuesto exige del juzgador un acto de prudencia. Debe sopesar las circunstancias que se le ofrecen y apreciarlas cuidadosamente para evitar caer en uno de dos extremos: por una parte el otorgar ligeramente y en cualquier ocasión la cautela solicitada, y por otra, negar la concesión de la medida en aras de un rigorismo extremo. De ordinario los autores aconsejan que, en caso de duda, se esté por la concesión de la medida cautelar, apuntando a una credibilidad objetiva y seria, y descartando por supuesto las pretensiones infundadas, temerarias o muy cuestionables. Como quiera que sea, el juzgador debe tomar en cuenta que la verosimilitud en el derecho se encuentra en una relación inversamente proporcional a los dos requisitos restantes: el peligro en la demora o urgencia de protección y la provisión de una adecuada contracautela. En tanto mayor sean la urgencia y la contracautela aportada, menor rigor será exigido en la verosimilitud del derecho. Y viceversa, cuanto menor sea la verosimilitud en el derecho, mayor deben ser la urgencia y la contracautela demandada.

En cualquier caso, el peticionante de la medida debe invocar la existencia de un derecho, pues si bien es dable prescindir de su plena justificación, nunca podrá darse el supuesto en que se prescinda de su existencia.

En lo que hace a la eficacia de los medios probatorios, si bien hemos dicho que la información sumaria es un medio idóneo, rigen al respecto las exigencias y limitaciones

requeridas en la prueba de los hechos y derechos, en especial cuando se invocan contratos u obligaciones que demandan la forma escrita para su prueba. Debe atenderse pues, en cada caso, a lo dispuesto por el Código Civil en los art. 703, 704, 705 y 706, así como las excepciones en ellos previstas.

Presunciones

En materia de verosimilitud en el derecho nuestra ley procesal prevé una serie de disposiciones en las cuales se establecen presunciones respecto de la existencia de la verosimilitud en el derecho. En estos casos, la ley supone a priori que la apariencia o grado de veracidad del derecho se encuentra dado; y compete a la parte afectada por la medida la demostración de la tesis contraria.

El art. 709 del Cód. Proc. Civ. establece algunos de estos supuestos de excepción, que se dan en las causas en trámite: “Proceso en trámite. Durante el proceso, podrá decretarse el embargo preventivo:

- a) cuando uno de los litigantes hubiere sido declarado en rebeldía, en el caso del artículo 72;
- b) siempre que la confesión expresa o ficta resultare de la verosimilitud del derecho, o ello surgiere de la contestación de la demanda o reconvencción; y
- c) si quien lo solicita hubiere obtenido sentencia favorable, aunque estuviese recurrida.”. Podemos pues hacer la siguiente enunciación:
- d) Declaración en rebeldía: como bien es sabido la rebeldía es el estado en que se encuentra la parte que no comparece al proceso dentro del plazo de citación, o que habiendo comparecido, abandona el proceso. La rebeldía no debe confundirse con el decaimiento del derecho, como a menudo suele suceder. En éste último se da una

mera inacción respecto del ejercicio de un derecho procesal dentro de un determinado plazo de tiempo, lo cual provoca la extinción de ese derecho y la preclusión de la posibilidad de ejercerlo en adelante, pero no afecta la estructura total del proceso. Por el contrario la rebeldía es propiamente incomparecencia a la citación, lo que en el derecho Romano se daba en llamar contumax. En nuestro ordenamiento procesal, la rebeldía está normada en el Cap. IV de. Cód. Proc. Civ. y requiere para su pronunciamiento la existencia de una citación notificada con todas las formalidades legales a persona cierta y de domicilio conocido. La ignorancia respecto de la identidad de la persona o de su domicilio exige la citación por edictos y el eventual nombramiento de un defensor público. Por consiguiente, la excepción respecto de la verosimilitud en el derecho no se aplica en los casos de ausencia, en los cuales se acude a la defensa oficiosa. Coincidente con el artículo que hemos transcrito, el Cód. Proc. Civ. dispone en el art. 72 del Cap. IV que: “Medida precautoria. Declarada la rebeldía de un litigante, podrá decretarse, si procediere y la otra parte lo pidiere, la medida precautoria apropiada para asegurar el objeto del juicio o el pago de las costas.” Y a continuación dispone la permanencia de la medida cautelar hasta la terminación del juicio, no obstante la comparecencia del rebelde, reconociéndole sin embargo los derechos de sustitución o reducción que se acuerdan a todo demandado, así en el art. 74 dice: “Subsistencia de la medida precautoria. La medida precautoria decretada de conformidad con el artículo 72 continuará hasta la terminación del juicio, a menos que el interesado justificare haber incurrido en rebeldía por causa que no estuvo a su alcance vencer. Serán aplicables las normas sobre ampliación, sustitución o reducción de las medidas precautorias.” Creemos que el afectado puede igualmente obtener el levantamiento de la medida si se dan las condiciones previstas en el art. 697 y 698 ya citado, y siempre que las nuevas circunstancias por él alegadas hagan referencia a otros hechos no vinculados con su actual comparecencia, pues este último supuesto está expresamente excluido de la posibilidad de levantamiento, según el art. 74 transcrito.

- e) Confesión ficta o expresa: la confesión es la declaración emitida por la parte de respecto de la verdad de hechos pasados, relativos a su actuación personal,

desfavorables para quien los declara y favorables para la contraria. Es, por así decirlo, el reconocimiento de ciertos hechos a favor de la contraria. La confesión puede ser expresa o ficta y puede tener lugar dentro de un proceso o fuera de él. A su vez dentro del juicio puede darse en forma provocada, en el ámbito de una absolución de posiciones, ya en el período de prueba; o bien producirse en forma espontánea al contestar la demanda. En cualesquiera de estos supuestos, la confesión da lugar al otorgamiento de la medida cautelar, teniendo en cuenta que la pretensión deducida en la demanda resulta verosímil y hasta aún cierta, al producirse el reconocimiento de los hechos alegados por el peticionante.

- f) Sentencia definitiva: la sentencia es el pronunciamiento del órgano jurisdiccional que acoge o deniega definitivamente la pretensión deducida, una vez agotadas todas las etapas del proceso. La medida cautelar se otorga en este caso aun cuando la sentencia se hallare recurrida, dado que la existencia de un pronunciamiento favorable, tomado en el curso de un proceso de generalmente mayor o menor cognición, con la participación de la parte contra la cual se ha dictado, hace suponer con suficiente convicción la verosimilitud del derecho invocado, aun cuando la certeza no sea total, por encontrarse pendiente un recurso que permita la revisión del fallo. Como hemos visto, la verosimilitud no implica certeza, por lo cual la recurrencia no es óbice para el otorgamiento de la medida.

Peligro en la demora

El peligro en la demora es el requisito común de todas las medidas cautelares, constituye la razón de ser de ellas, el interés jurídico que las justifica y se consustancia con su misma esencia. Constituye éste el peligro probable de que la tutela jurídica definitiva que pretende el accionante sea reconocida en la sentencia definitiva, se pierda y la decisión final no pueda hacerse efectiva por el transcurso del tiempo. Se debe pues acreditar el interés jurídico del peticionante en evitar un perjuicio por el transcurso del tiempo que pueda durar la tramitación del proceso principal, al provocar o determinar la frustración de la ejecución de la condena. Como ya hemos dicho, este presupuesto se encuentra en relación inversa o

asimétrica con la verosimilitud en el derecho, y por ello en tanto mayor sea la probabilidad de certeza de la pretensión, menor importancia revestirá la urgencia del caso. Por el contrario, si el riesgo de frustración del derecho es superlativo, al punto de ser irreparable, entonces el rigor de apreciación de la verosimilitud en el derecho debe ceder.

El peligro en la demora, como es el interés jurídico procesal que sustenta la medida, debe ser actual, dejando a salvo el caso de acciones declarativas o de condenas de futuro. Asimismo el peligro debe ser real y objetivo, no un simple temor o aprensión derivados de circunstancias subjetivas o personales del solicitante, sino originado en hechos que puedan ser apreciados por cualquier sujeto.

Este requisito debe acreditarse, al igual que el anterior, sumariamente al tiempo de solicitar la medida, pero al contrario de lo que ocurre con el derecho invocado, por estar referido a simples circunstancias fácticas, no se aplican las limitaciones probatorias contenidas en el Cód. Civ. respecto de los actos o negocios jurídicos; lo cual hace que puedan demostrarse por cualquier medio de prueba, incluida la prueba testifical.

En algunos casos el peligro en la demora se presupone, como cuando se refiere a medidas cautelares sobre bienes destinadas a asegurar la ejecución de una obligación que tiene ejecutividad, pues de la resistencia inicial al cumplimiento por parte del obligado se puede inferir la hipótesis de la persistencia del incumplimiento en el futuro. La inseguridad y el temor de la frustración del derecho resultan evidentes. Cuando las medidas cautelares se refieren a personas, el peligro dimana de su propia situación, aun cuando pudiera provenir de otros. Y proviene de su propia necesidad, traducida en necesidad de seguridad o de tranquilidad.

Contracautela.

La contracautela es caución, prevención o precaución que importa la acepción jurídica de “seguridad”; vale decir la seguridad que otorga una persona a otra de que cumplirá una determinada prestación u obligación. En el presente caso es la garantía otorgada por el

peticionarte para asegurar la obligación de reparar los posibles daños que la medida pudiera ocasionar si fuera solicitada sin derecho. Quien solicita y obtiene una medida cautelar se hace responsable de una obligación eventual de indemnizar, supeditada a la circunstancia de que no le asistiera derecho a la medida que le ha sido otorgada. Resguarda el principio de igualdad como contrapartida, en cierto modo, de la ausencia de bilateralidad o contradicción que caracteriza el procedimiento de su otorgamiento.

El objeto de la obligación de indemnizar, una vez que ella es exigible, está determinado por los daños y perjuicios que resulten del otorgamiento mismo de la medida cautelar, no hace relación con los gastos que son resultados del juicio principal. Sin embargo, es evidente que incluyen las costas derivadas del proceso cautelar considerado en sí mismo. La responsabilidad derivada de la consecución de una medida cautelar tiene carácter extracontractual y proviene de la ley, vale decir no requiere la existencia de un pacto o acuerdo previo de las partes en tal sentido, ni tampoco exige la concurrencia de dolo o culpa en quien la solicita. Puede decirse que es un típico caso de responsabilidad objetiva, con todas las características propias de ella.

La contracautela, como es seguridad, puede tomar cualquiera de las formas que las garantías tienen en el derecho civil, puede ser real o personal, pero en cualquier caso su extensión y naturaleza debe ser apreciada por el juez, el cual compromete la responsabilidad, no solo de quien la pide, sino también de quien la dicta. En ese sentido se puede afirmar que compete al magistrado un juicio de proporcionalidad: el juez debe apreciar la clase y monto de la caución en relación con la clase de medida solicitada, sus posibles efectos perjudiciales y la mayor o menor verosimilitud en el derecho. Como quiera que sea, al involucrar una decisión jurisprudencial del juez comprometen la responsabilidad extracontractual del mismo por mal desempeño en sus funciones, para el caso en que las medidas sean dictadas sin la contracautela suficiente.

Ahora bien, es necesario apuntar que la falta de contracautela no trae como consecuencia el invalidar la medida cautelar. Si la contracautela está ausente o es insuficiente, el juez deberá proceder a su fijación, apercibiendo a la parte beneficiada por la medida, en el

sentido de que si no la otorga en el plazo y modo establecidos en su resolución, se procederá al levantamiento de ella.

Clases de contracautela.

Hemos visto más arriba que la contracautela puede tener cualquiera de las modalidades aceptadas por el derecho como garantías. Así pues, puede ser:

- a) Personal: en este caso se produce la asunción por parte de un tercero de la responsabilidad derivada de los posibles daños. El tercero puede ser una persona física o jurídica, pero debe estar de acreditada solvencia. La responsabilidad es en este caso solidaria, y se le aplican todas las reglas derivadas de la solidaridad. En general pueden consistir en:
 - a. Fianza o aval ordinario: el contrato de fianza es aquel en el cual un tercero se obliga accesoriamente a cumplir la obligación de otro. La fianza debe ser aceptada para cumplir sus efectos y el fiador debe necesariamente ser un tercero ajeno a la obligación: el auto fianza no existe en nuestro derecho. Por lo demás el juez debe apreciar si el fiador tiene suficiente solvencia, circunstancia que debe ser acreditada sumariamente por el peticionante. Si bien el fiador es deudor accesorio, no rigen para él en nuestro derecho civil los antiguos beneficios de excusión ni de división, responde, pues, solidariamente. La fianza obviamente se extingue con la extinción de la obligación principal, en este caso de indemnizar, a la cual accede.
 - b. Fianza bancaria: la fianza bancaria es una forma especial del contrato de fianza en la cual el sujeto fiador es una entidad bancaria. Se encuentra sujeta a las normas de la fianza, así como a las disposiciones de leyes especiales que regulan específicamente la actividad de las entidades bancarias y financieras. Un tipo especial de garantía bancaria lo constituye el contrato de fideicomiso bancario, en virtud del cual una persona, el fideicomitente transmite a otra, el fiduciario, uno o más bienes a título de confianza, a fin de que el segundo le dé

un destino convenido en un cierto plazo o cumplida cierta condición. Este destino es por lo general la utilización de estos bienes a favor de un beneficiario. En nuestro país se encuentra regido por la Ley N° 921/96. El problema principal que enfrentan la fianza y el fideicomiso bancario como formas de contracautela es su excesivo costo para el constituyente.

- c. Póliza de garantía: la póliza de garantía constituye una forma especial del contrato de seguro. Se da cuando una entidad aseguradora asume el riesgo de insolvencia del obligado, en este caso el solicitante de la medida cautelar. En rigor no es más que una forma de fianza, en la cual el fiador asume la forma particular de una compañía de seguros. Se le aplican en lo pertinente las normas conjuntas –en lo posible– del contrato de seguro y el de fianza.
 - d. Fianza del propio letrado: como la fianza requiere de la existencia de un tercero que la preste, se ha discutido la viabilidad de una fianza prestada por el propio letrado. La cuestión se plantea sobre todo en el supuesto de que actúe en calidad de procurador, pues si actúa como simple patrocinante no cabe duda de que es tercero y por lo tanto facultado a afianzar. Ahora bien si actúa en calidad de mandatario podría pensarse que no tiene una personería distinta de la parte a quien representa. Sin embargo si esta premisa se aplica en lo que se refiere a la calidad de parte o sujeto en el proceso, no se aplica en cuanto a posible sujeto de responsabilidad. Aquí sigue actuando con identidad jurídica propia y en tal carácter puede obligarse.
- b) Real: la garantía real consiste en la afectación de determinados bienes muebles o inmuebles al cumplimiento de la obligación eventual de resarcir. Su otorgamiento no exonera la responsabilidad personal ordinaria del solicitante y por consiguiente tampoco exonera la responsabilidad patrimonial de sus restantes bienes. En general pueden consistir en:

- a. Hipoteca o prenda: la hipoteca es el derecho real de garantía el cual una cosa inmueble se encuentra afectada al cumplimiento de una obligación, sin que medie desplazamiento del bien sobre el cual recae la garantía. La prenda por su parte es también un derecho real que consiste en la entrega de la posesión de una cosa mueble para asegurar el cumplimiento de una obligación. También existe la prenda sin desplazamiento, constituida mayormente sobre bienes registrables. En este caso se debe atender al modo propio de constitución de cada tipo de garantía y a los requisitos formales para ello. Así la hipoteca solo puede establecerse por escritura pública y debe cumplir con la exigencia de la registración. Lo propio puede decirse de la prenda con registro. Esta clase de garantías plantea la cuestión de a favor de quién debe constituirse el derecho real: el peticionario o el juez que la dicta. Creemos que debe ser constituida a favor del órgano jurisdiccional, vale decir, no personalmente a favor del juez que la requiere, sino de su cargo o investidura y jurídicamente relacionada al litigio.
- b. Depósito de dinero: el depósito de dinero es una de las formas más corrientes de garantía real. En este caso el depósito deberá hacerse en una cuenta abierta en una institución pública, como el banco central del Paraguay, a nombre del juicio y a la orden del juez interviniente en el litigio.
- c. Entrega de la cosa o embargo de bienes: el solicitante también podrá optar por la consignación judicial de cosas o bienes, así como por el embargo de ellos, con la facultad de ser nombrado depositario de los mismos. En todo caso el secuestro por parte del afectado por la medida procederá en todos los casos en que normalmente se acuerda este extremo de conformidad con la ley procesal, y especialmente cuando haya riesgo de que los bienes dados en garantía se pierdan en manos del beneficiario.

La caución juratoria como contracautela

La caución juratoria es el arbitrio en virtud del cual el solicitante de la medida cautelar manifiesta -las más de las veces por intermedio de su representante convencional- que se hace responsable de los daños y perjuicios que la medida cautelar pudiera ocasionar para el caso de que haya sido trabada sin derecho. Como forma de contracautela resulta completamente inefectiva, puesto que es una mera declaración que no importa una seguridad en relación con la eventual efectivización de aquella responsabilidad, dado que ella ya existe y obliga al peticionante desde antes de tal manifestación. Vale decir, no agrega nada a la responsabilidad originaria que recae sobre el peticionante.

La caución juratoria viene del antiguo derecho procesal romano, en el cual, en el procedimiento de las legislaciones las partes no se encontraban ligadas de pleno derecho al proceso. Antes bien debían voluntariamente someterse a la decisión de un iudex, en el marco del ordo iudiciorum provatorum, por ello otorgaban caución de su comparecencia ante el mismo, a través de la paredes. Como el derecho procesal moderno liga a las partes al proceso independientemente de su voluntad, esta institución ya no tiene justificación hoy en día.

La caución debe concebirse siempre como una seguridad o garantía, ya sea esta real o personal, en cualquiera de las especies reconocidas por el derecho civil. Por otra parte nuestro ordenamiento procesal civil, ha eliminado la caución juratoria como forma de contracautela, admitida por el antiguo Código Procesal Civil para ciertos casos específicos, y por otras legislaciones. En efecto, el art. 698 del Cód. Proc. Civ. no la menciona entre los supuestos posibles de caución, sino que por el contrario requiere que: “Dicha garantía consistirá en fianza, prenda, hipoteca u otra seguridad equivalente.” Al no ser regulada expresamente y al constituir una verdadera institución excepcional, concluimos que no se encuentra vigente en nuestro ordenamiento.

La exoneración de contracautela

La exoneración de contracautela es una institución especial en virtud de la cual se exime a ciertos sujetos procesales de la obligación de prestar seguridad. La regla general está

contenida en el art. 705 del Cód. Proc. Civ. que dispone: “Exención de contracautela. No se exigirá caución, si quien obtuvo la medida fuere: a) el Estado, una de sus reparticiones, una Municipalidad o persona reconocidamente abonada, conforme a lo dispuesto por el Código Civil o leyes especiales; o b) persona que actúe con beneficio de litigar sin gastos, o eximida de la obligación por este Código.” En general la eximición se produce en razón de la presunción de la solvencia del beneficiario de la medida cautelar. En varios supuestos esta presunción configura un tipo de presunción iure et de iure, como cuando se refiere al Estado, a sus reparticiones o a los Municipios. En otros casos, como cuando se trata de persona reconocidamente abonada configura una presunción iuris tantum –dada en razón del principio de innecesaridad de la probanza de hechos notorios– y que por lo tanto admitirá de seguro la prueba en contrario, proporcionada por quien se oponga a la medida. En otros supuestos la excepción se explica por la imposibilidad de otorgar la medida, imposibilidad que, si no es considerada, devendría en una verdadera negación del acceso a la justicia; es el caso de quien ha obtenido el beneficio de litigar sin gastos, es evidente que una persona en tal situación no está en posición de prestar contracautela.

La contracautela también es eximida, durante el proceso, en los casos en los cuales la ley presume la verosimilitud en el derecho, en el art. 709 del Cód. Proc. Civ., que ya hemos examinado con detenimiento más arriba.

Por último se deben tomar en cuenta las normas que contienen disposiciones especiales relativas a la exoneración de garantía, como ocurre con el artículo 96 de la Ley 861/96 de Bancos y Entidades Financieras. Este artículo dispone: “Fianza en juicio ejecutivo. En el procedimiento ejecutivo las Entidades del Sistema Financiero no estarán obligadas a dar fianza en los casos en que las leyes así lo requieran.” Esta excepción consiste en realidad en una reglamentación o explicación del art. 705 inc. a), en la parte que se refiere a la persona de reconocida solvencia. En efecto, se presume de los bancos y entidades financieras su solvencia. Pero esta presunción se mantiene en tanto dichas entidades estén habilitadas a funcionar como tales, no así en caso de quiebra o de convocatoria de acreedores, o cuando entran en proceso de liquidación judicial o voluntaria. En estos supuestos la presunción de solvencia ya no puede ser sostenida.

Competencia.

Es necesario hacer aquí una breve referencia a la competencia de los órganos jurisdiccionales para dictar medidas cautelares. Es sabido que la competencia es un requisito normal en todo tipo de procesos. Sin embargo tratándose de medidas cautelares, la ley de forma prevé una excepción al principio de que toda resolución solo será válida si está dictada por juez competente. Así en el art. 703 del Cód. Proc. Civ., si bien se establece la obligatoriedad del juez de apartarse de entender en medidas cautelares referidas a asuntos en los que carece de competencia, deja no obstante a salvo la validez de las medidas, aunque fueran ordenadas por un juez incompetente, sin que ello signifique la prórroga de la jurisdicción a su favor.

Responsabilidad derivada del otorgamiento de una medida cautelar.

Las medidas cautelares comprometen en primer término al sujeto, persona física o jurídica, a favor de quien se han dictado. Hemos visto que esa responsabilidad es extracontractual y legal, independiente de toda convención o cláusula penal entre las partes, y también Pero asimismo comprometen la responsabilidad extracontractual del juez que las dictara, por mal desempeño en sus funciones, para el caso en que las medidas sean decretadas sin la contracautela suficiente, o sin derecho, o si resulta excesiva o desproporcionada. Este supuesto de responsabilidad, si bien es extracontractual, sin embargo no es objetiva.; precisa de la incidencia del dolo o la culpa del juez, así como la prueba de los restantes presupuestos de la responsabilidad civil por la comisión de ilícitos. Amén de la responsabilidad patrimonial del propio magistrado, se compromete también la responsabilidad indirecta o subsidiaria del Estado prevista en el art. 106 de la Constitución Nacional, respecto de los funcionarios públicos. Allí se establece: “De la responsabilidad del funcionario y del empleado público. Ningún funcionario o empleado público estará exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, serán personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abonar en tal concepto”.

Esta responsabilidad es sin embargo subsidiaria, en el sentido de que el afectado deberá desinteresarse en primer término el patrimonio del particular y solo en el supuesto en que éste sea insolvente, podrá dirigir su acción contra el Estado. No obstante la subsidiariedad no opera automáticamente, debe ser invocada por el Estado bajo la forma de una excepción: el beneficio de excusión o discusión que se acordaba en el antiguo Código Civil de Vélez Sársfield a los fiadores. Sin embargo, cabe advertir que aunque el Estado pague, ya sea porque no opuso la excepción o porque el principal obligado es insolvente, el juez no se libera, ya que aquél siempre podrá repetir del funcionario lo pagado en concepto de indemnización.

El afectado por una medida cautelar tiene pues tres sujetos pasivos contra los cuales puede dirigir su acción de resarcimiento: primero el solicitante y beneficiario de la medida, segundo el magistrado y en tercer y último término el Estado.

Las medidas cautelares en el ámbito del Mercosur.

Las medidas cautelares se rigen de ordinario por el Código Procesal Civil. Sin embargo, no deben perderse de vista las normas establecidas por los tratados internacionales, sobre todo aquellos que regulan las cuestiones relacionadas con el derecho de la Integración, y que constituyen modificaciones sustanciales al régimen establecido por la ley procesal interna.

En este sentido se debe atender a lo dispuesto por el Protocolo del Mercosur sobre Medidas Cautelares, ratificado por nuestro país como Ley 619/95. Este Protocolo regula todo lo relacionado con las medidas cautelares que son ordenadas en uno de los países Miembros para ser cumplidas o tener sus efectos en otro de los países integrantes del Mercosur. Así en el art. 4, el Protocolo dispone imperativamente que: “Las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes del Tratado de Asunción darán cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por los Jueces o Tribunales de los otros Estados Partes, competentes en la esfera internacional, adoptando las providencias necesarias de acuerdo con la ley del lugar donde estén situados los bienes o residan las personas objeto de la medida.”.

Ahora bien, en cuanto a la procedencia de la medida cautelar, ésta será juzgada por los órganos jurisdiccionales del Estado que solicita la medida y de conformidad con las leyes vigentes en dicho país, el art. 5 del Protocolo lo establece expresamente: “La admisibilidad de la medida cautelar será regulada por las leyes y resuelta por los Jueces o Tribunales del Estado requirente.” En tanto que todo lo relativo al cumplimiento de la medida cautelar, inclusive la contracautela corresponde ser decidido por los jueces nacionales del Estado que recibe la solicitud. El art. 6 dispone en este sentido que: “La ejecución de la medida cautelar y su contracautela o garantía respectiva serán resueltas por los Jueces o Tribunales del Estado requerido, según sus leyes.” Asimismo se deja en el ámbito de atribuciones de los órganos y las leyes del país requerido todo lo vinculado con la modificación, reducción o sustitución de las medidas cautelares, así como las sanciones y responsabilidades derivadas de peticiones maliciosas, como también aquellos casos en los que el cumplimiento de la cautelar afecte cuestiones relativas al dominio y demás derechos reales. (artículo 7). El Juez o Tribunal del Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de la medida o, en su caso, disponer su levantamiento, cuando sea verificada su absoluta improcedencia, de conformidad con los términos del Protocolo (art. 8). Esto significa que el juez requerido solo tiene la facultad de examinar los requisitos formales del pedido, no así los requisitos sustanciales, los cuales están sometidos a la autoridad y leyes del juez requirente.

Es necesario recordar también que en el ámbito del Mercosur las personas físicas y jurídicas pertenecientes a los países miembros como residentes o ciudadanos están exoneradas del arraigo, según lo dispone el Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, en sus art. 3 y 4. El Protocolo ha sido incorporado a nuestro sistema jurídico por Ley 270/93. Esta eximición sin embargo no autoriza a prescindir de la contracautela, que es un requisito totalmente diferente y con una finalidad distinta del arraigo.

Consideración particular de ciertos tipos de procesos.

Es sabido que las medidas cautelares se deben decretar y ejecutar en relación con el proceso al cual se hallan referidas. En este sentido se deben hacer ciertas consideraciones. Así, si bien en toda clase de juicios se debe cuidar que la ejecución de una medida cautelar no devengue

en un adelantamiento indebido del resultado del proceso, sino tan solo signifique el aseguramiento de dicho resultado, es en los juicios ordinarios donde este extremo es más rigurosamente exigido. Así se ha negado, verbigracia, el embargo en los juicios de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual –como en el caso de indemnizaciones por accidentes de tránsito o incumplimientos de contratos–, en definitiva porque se considera que el requisito de la verosimilitud en el derecho o se halla suficientemente satisfecho. La jurisprudencia más moderna ha ido refutando esta tesis, aunque tímidamente, y ha otorgado en ciertos casos la medida cautelar solicitada.

Una reflexión semejante cabe en los juicios ordinarios que tienen relación con la nulidad o resolución de actos jurídicos, como la demanda de simulación, o de nulidad o resolución de contratos, en las que no cabe pedir por medio de una medida cautelar la cesación inmediata de los efectos del acto. Igual consideración merecen los juicios referentes a derechos reales, como la usucapión, la reivindicación, la petición de herencia, en los cuales se considera improcedente la concesión de medidas cautelares agresivas, como la posesión provisoria de los bienes, y se tiende a otorgar medidas conservativas más inofensivas, como lo son las anotaciones de litis. Un caso especial desde luego lo configuran los derechos intelectuales, en los cuales la legislación moderna ha establecido una serie de medidas tuitivas de gran magnitud, como la inspección forzosa, el secuestro, el decomiso y demás previstos en la Ley de Marcas, en la Ley de Patentes o en la Ley de Derechos de Autor, en la Ley del Comerciante, en cuanto hace a la competencia desleal. En estos supuestos la clave se encuentra en la ponderación de la contracautela: cuanto más agresiva sea la medida, mayor deberá ser la seguridad brindada por el peticionante. Igualmente se deben tomar en cuenta otras leyes especiales, como cuando las medidas cautelares se dictan sobre ciertos bienes; buques y aeronaves, en las cuales rigen las disposiciones especiales del Código Aeronáutico y del Código de Comercio en su Libro III,

O en cuanto a su procedencia como a sus efectos y que en general se dirigen a asegurar el la fluidez del tráfico fluvial y marítimo, y aéreo. Asimismo deben ser tomadas en cuenta las disposiciones especiales que rigen el sistema bancario y financiero, no solo en la Ley de Bancos y en la Ley de la Carta Orgánica del Banco Central, sino que también las que han sido

dictadas con el objeto de sanear el sistema financiero, y que, en general contienen cláusulas restrictivas a la posibilidad de dictar medidas cautelares contra las entidades en proceso de liquidación.

Por último es menester referirse a las medidas cautelares en los juicios de amparo. En este tipo de juicios, que por su naturaleza propia son tuitivos, las medidas cautelares a menudo tienen la virtud de adelantar el resultado del proceso. Esta característica resulta inevitable cuando no existe otro modo de prevenir lesiones de derechos que de lo contrario serían irreparables. En todo caso, se debe atender que en lo posible no importen la resolución anticipada de la causa, porque de lo contrario la parte a quienes benefician, de ordinario se conformará con la obtención de la medida cautelar, ignorando la sustanciación de la causa. En general, las medidas cautelares en esta clase de juicios abarcan tanto las medidas conservativas como las medidas innovativas, en especial la suspensión de los efectos del acto lesivo. Esta suspensión no es más que la expresión particular de la prohibición jurisdiccional de innovar, que generalmente es decretada respecto de actos de la administración pública. La procedencia de la suspensión de efectos tiene ciertas reglas que pueden usarse como guías a la hora de juzgar su procedencia. Así si el acto ya se ha consumado, como la lesión ya ha tenido lugar, la suspensión de los efectos del acto imputado de ilegítimo carecería de sentido. Distinto es el supuesto en el que el acto sigue ejecutándose y produciendo efectos, en cuyo caso la suspensión tendría una finalidad y será procedente. Tratándose de omisiones ilegítimas, desde luego que la suspensión del acto no sería procedente, pues equivaldría a ordenar la ejecución del acto omitido esto es una obligación de hacer a cargo de quien debe soportar la medida. Cabe considerar finalmente que es preciso que la medida no perjudique el interés público prevalente, entendido el mismo no como el interés público genérico, sino como algo mucho más concreto, que exige precisamente de la vigencia del acto para ser sostenido.

En todo caso, las medidas cautelares solicitadas en los juicios de amparo deben cumplir los requisitos especiales de esta clase de juicios, es decir requieren la imposibilidad de lograr la cautela a través de otra vía o medida y comparten el carácter residual del juicio de amparo,

esto es, si las medidas cautelares dictadas en un juicio ordinario fueran suficientes no deben ser otorgadas.

Caducidad y extinción registral de las medidas cautelares.

Las medidas cautelares pueden cesar por caducidad y también por vencimiento del plazo de validez registral de las mismas. Veremos a continuación ambos supuestos.

Caducidad.

Como cualquier tipo de proceso, el procedimiento cautelar está sujeto a la caducidad para el caso de no instarse la correspondiente instancia dentro del plazo legal ordinario, que es de seis meses. Pero amén de esta forma general de caducidad, las medidas cautelares están afectadas a un régimen especial de caducidad, para aquellos casos en que la medida se haya solicitado y obtenido como autónoma, vale decir para el supuesto de que haya sido trabada antes de incoarse el proceso principal. Esta situación está prevista en el art. 700 del Cód. Proc. Civ., que dispone: “Promoción de la demanda. Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubiere ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si, tratándose de obligación exigible, no se interpusiere la demanda dentro de los diez días, siguientes al de su traba. Las costas y los daños y perjuicios causados serán a cargo de quien hubiese obtenido la medida, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa.”

La caducidad de las medidas cautelares encuentra su justificación en la presunción de desinterés que cabe inferir de la falta de actividad del beneficiario de la medida, y también de la necesidad de evitar los perjuicios que la subsistencia de la medida pueda ocasionar al afectado. La caducidad, como sabemos obedece a razones de orden público y a también al interés particular del afectado, siendo que el transcurso del tiempo por determinado lapso, hace suponer la pérdida del interés actual, por parte del beneficiario, en la consecución del derecho al cual se refiere la medida, el que no puede mantenerse latente en forma indefinida.

En el artículo supra mencionado se establecen los requisitos para que la caducidad opere y que son los siguientes:

- a) **Acción expedita:** la acción referida a la pretensión principal que se intenta cautelar debe encontrarse expedita. Esto es, si se trata del cumplimiento de una obligación, ella debe ser vencida y exigible, e incluso líquida o liquidable en las obligaciones dinerarias. La acción no estará expedita si depende del cumplimiento de una obligación o de un plazo, o si precisa que se efectúen ciertos actos procesales previamente a su deducción. En este orden de ideas, se debe atender a lo dispuesto por la ley procesal en relación con la preparación del juicio ejecutivo, en transcurso del cual también se solicitan medidas cautelares. La acción ejecutiva se halla expedita recién cuando existe un reconocimiento expreso o ficto de la obligación que se pretende reclamar, en el último supuesto es menester una declaración judicial en el sentido de tener por reconocida la deuda para que la acción se halle expedita.

- b) **Plazo vencido:** el plazo fijado en general para todo tipo de medidas cautelares es de diez días. Hay que considerar, sin embargo, que para las medidas preparatorias de los juicios ejecutivos se establece un plazo mayor, en el art. 447 del Cód. Proc. Civ., que es de veinte días de concluidas las medidas. Como en el curso de estas medidas preparatorias se dictan también medidas cautelares, por un principio de unidad de los procesos se considera que caducan ambas a la vez, y no en plazos diferentes. Por último debemos acotar que el plazo se cuenta a partir de que la acción se halle expedita.

La declaración de caducidad, como configura un caso de extinción de la medida, compromete la responsabilidad personal del peticionante y también la responsabilidad del magistrado, en los casos en que haya habido mal desempeño al dictarse la caducidad. Aunque la responsabilidad del peticionante es siempre extracontractual, se ha discutido en doctrina si la misma es subjetiva, esto es, requiere culpa o dolo del sujeto, o bien si es objetiva, es decir, se configura por el mero hecho de la declaración de caducidad. El art. 702 del Cód. Proc. Civ. establece los requisitos de esta responsabilidad, así como el procedimiento para decretarla.

Entendemos que el código de forma requiere cuando menos culpa, ya que exige la demostración de que el peticionante haya abusado del derecho de solicitarla o se haya excedido al pedirla y ejecutarla. La condena a indemnizar se hará a pedido de parte e inmediatamente de declarada la caducidad. El monto de los daños debe ser establecidos sumariamente en un juicio posterior, donde ya no se discutirá el derecho a ser indemnizado, sino solo la cuantía del mismo.

Extinción registral.

Paralelamente a la extinción de las medidas cautelares por caducidad ordinaria, éstas pueden cesar por otra modalidad de la caducidad, en la cual la inacción no tiene relación con la interposición de la acción o el abandono del proceso, sino con cuestiones relativas a la inscripción registral. Así el art. 701 del Cód. Proc. Civ. dispone que las medidas cautelares registrables se extinguen de pleno derecho a los cinco años de la fecha de su anotación en el registro respectivo.

La razón de ser de esta disposición se encuentra en la necesidad de dar certeza a los asientos registrales y de evitar la indefinición que supone el mantenimiento de la medida, para la finalidad de publicidad frente a terceros que persigue el registro. En este tipo de caducidad existe también una forma peculiar de inacción: la omisión de solicitar al juez la reinscripción de la medida antes del vencimiento del plazo. En este caso la medida se mantiene, pues la parte ha demostrado el interés y también la necesidad de su conservación.

Los requisitos para que la anotación registral se produzca se encuentran previstos tanto en el art. 701 ya comentado, como en el art. 302 del Cód. de Org. Jud. Este último establece un plazo mayor de caducidad, pero referido a todo tipo de anotaciones preventivas. Ha sido modificado en este punto por el Cód. Proc. Civ. que fija un plazo menor, ya apuntado.

En cuanto a los efectos, tanto el Código Procesal Civil como el de Organización Judicial establecen los efectos de pleno derecho que tiene la extinción. El art. 302 dispone incluso

que la cancelación de las inscripciones automática, de este modo no precisa ni tan siquiera de una declaración judicial, como en las formas ordinarias de caducidad.

Por último cabe advertir que el art, 303 del Cód. De Org. Jud. prevé que la extinción de la anotación pueda tener lugar total o parcialmente.

Criterios de evaluación:

No	Concepto	Porcentaje
1	Trabajos Escritos	10%
2	Actividades web escolar	20%
3	Actividades Áulicas	20%
4	Examen	50%
Total de Criterios de evaluación		100%

Bibliografía básica y complementaria:

- Derecho Procesal Civil. Proceso de declaración
- Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales.
- Andrés de la Oliva Santos (y otros), Centro Editorial Universitario Ramón Areces, última edición.
- Derecho Procesal Civil
- Manuel Ortells Ramos (y otros), Editorial Thomson-Aranzadi, última edición.
- Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil
- Juan Montero Aroca (y otros), Ed. Tirant lo Blanch, última edición.
- Derecho Procesal Penal

- DE LA OLIVA SANTOS, A., (y otros) Editorial Universitaria Ramón Areces, última edición.
- Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal
- Montero Aroca, Juan (y otros), Ed. Tirant lo blanch, última edición.
- <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>
- http://www.iustel.com/v2/diario_del_derecho/noticia.aspz=2
- <http://www.tirantonline.com/index.do>
- <http://www.tribunalconstitucional.es>
- <http://www.legaltoday.com>
- <http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx>
- <http://www.westlaw.es/>